نموذج ترخيص

انا الطالب : سليمان خالد سليمان كايد أمنح الجامعة الأردنية و/أو من تفوضه ترخيصاً غير حصري دون مقابل بنشر و /أو استعمال و /أو استغلال و/ أو ترجمة و/ أو تصوير و/ أو إعادة إنتاج بأي طريقة كانت سواء ورقية و / أو إلكترونية أو غير ذلك رسالة الماجستير / الدكتوراه المقدمة من قبلي وعنوانها.

استقرار الحق وتطبيقاته في عقود المفاوضات والتوثيقات

وذلك لغايات البحث العلمي و / أو التبادل مع المؤسسات التعليمية والجامعات و / أو لأي غاية أخرى تراها الجامعة الأردنية مناسبة، وأمنح الجامعة الحق بالترخيص للغير بجميع أو بعض ما رخصته لها.

اسم الطالب: سليمان خالد سليمان كايد

التوقيع:

التاريخ: ٣ / ١ / ٢٠١٨م

استقرار الحق وتطبيقاته في عقود المعاوضات والتوثيقات

إعداد

سليمان خالد سليمان كايد

المشرف

الأستاذة الدكتورة ردينا إبراهيم حسين الرفاعي

قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في

الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

كانون الأول، ٢٠١٧

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة بعنوان: "استقرار الحق وتطبيقاته في عقود المعاوضات والتوثيقات" وأجيزت بتاريخ: ٢٠/١٢ / ٢٠١٧م.

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الدكتورة ردينا إبراهيم حسين الرفاعي، مشرفاً أستاذ – الفقه وأصوله	....
الدكتور ذياب عبد الكريم ذياب عقل، عضواً أستاذ – الفقه المقارن	....
الدكتور علي عبدالله حسن أبو يحيى، عضواً أستاذ مشارك – الفقه وأصوله	....
الدكتور أحمد مصطفى علي القضاة، عضواً خارجياً أستاذ مشارك – الفقه المقارن جامعة العلوم الإسلامية العالمية	....

الإهداء

إلى صاحب المقام المحمود، والحوض المورود، السراج المنير، الهادي البشير حبيب القلوب محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى روح أمي الطاهرة، إلى حبيب قلبي والدي العزيز، إلى زوجتي الغالية، إلى أبنائي الأحباب، إلى عمي العزيز أحمد كايد الذي أزال العوائق أمامي في رحلتي العلمية ، إلى كل طالب علم، إلى كل مسلم ومسلمة، إلى كل من وقف معي في رحلتي العلمية الشرعية.

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل المتصل الوفير إلى المربية الفاضلة، العالمة الجليلة ، الأستاذة الدكتورة ردينا إبراهيم حسين الرفاعي التي أكرمتني بإشرافها علي، ووجهتني في كل صغيرة وكبيرة في هذه الأطروحة، فجزاها الله خير ما جازى عالما عن طالبه، وأتقدم بالشكر والعرفان للسادة العلماء الذين أكرموني بقبول مناقشتي ووجهوني لتحسين هذا الجهد العلمي المتواضع فجزاكم الله خيرا.

قائمة المحتويات

" استقرار الحق وتطبيقاته في عقود المعاوضات والتوثيقات "

إعداد

سليمان خالد سليمان كايد

المشرف

الأستاذة الدكتورة ردينا إبراهيم حسين الرفاعي

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى تناول موضوع استقرار الحق في العقود، وبيان أهم الآثار المترتبة على هذا الاستقرار؛ لأن استقرار الحق أهم مرحلة يمر بها العقد، وتطبيق هذه المرحلة العقدية المهمة على عقود المعاوضات والتوثيقات، والمعاملات المالية المعاصرة مثل بيع المرابحة للآمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتمليك وخطاب الضمان والرهن الرسمي، وتسلط الدراسة الضوء على بيان عدل الشريعة بتفريقها بين الآثار المترتبة على الحق قبل استقراره وبعد استقراره في العقود وقد انتهت الدراسة إلى أن استقرار الحق أهم مرحلة في العقد، وهي غاية المتعاقدين من العقد؛ لأن استقرار الحق يثبت لطرفي العقد حقهما ثبوتا تاما، فيتمكن كل طرف من استعمال محل الحق مسؤولا عن تصرفه ويكون له سلطة على محل الحق مما يعطيه حرية التصرف فيه، وقد اتبعت في هذه الدراسة المنهج المقارن بين فقه المذاهب المعتمدة، والمنهج التحليلي،والمنهج الاستقرائي طريقة التقرير العلمي منه والتي تقوم على الاستقراء الجزئي من خلال الرجوع إلى المصادر المعتمدة في الفقه الإسلامي.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد الأمين:

إن الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة، وهذا الحق يمر في مراحل ثلاث، تمتاز كل مرحلة منها عن الأخرى وتختلف في أسبابها وآثارها المترتبة عليها الأمر الذي يستلزم من الفقيه معرفة هذه المراحل وخصائصها؛كي يتسنى له معرفة إصدار الحكم المناسب لكل مرحلة وهذه المراحل هي:

أولا: مرحلة ثبوت الحق: أي ثبوت الحق ووجوبه، وتكتمل هذه المرحلة باكتمال السبب المنشئ للحق فيجب مثلا الحق في الثمن للبائع بالعقد، ويجب في المبيع للمشتري بالعقد، وكذا المهر يجب للمرأة بالعقد وهذه المرحلة من الحق لها من الخصائص والآثار التي تترتب عليها ما تختلف اختلافا بينا عن المرحلة التالية وهي مرحلة الاستقرار.

ثانيا: مرحلة الاستقرار وهي مرحلة تعقب مرحلة الثبوت وتبنى عليها، ولا يمكن لحق أن يستقر قبل أن يثبت، ولا يلزم من ثبوت الحق استقراره، فكل حق مستقر ثابت، وليس كل حق ثابت مستقر.

ومما لا شك فيه أن لاستقرار الحق من الأسباب والآثار ما يختلف اختلافا بينا عن مرحلة ثبوته، ومما يلزم أيضا التنبيه عليه أن الاستقرار يفتقر إلى أمور زائدة عن تلك التي كانت وراء ثبوت.

فالحق في عين المبيع تثبت بمجرد العقد، لكن استقرار الحق في عين المبيع يتوقف على أمر زائد على العقد وهو القبض، وكذا المهر فالسبب المنشئ لوجوب الحق في المهر العقد، بينما السبب المنشئ لاستقرار الحق الدخول أو الموت أو الخلوة الشرعية الصحيحة على بعض الآراء، مما ذكره الفقهاء في هذا المقام، ولا شك أن مرحلة الاستقرار يترتب عليها من الآثار ما لم يترتب على مرحلة الثبوت وتأتي هذه الدراسة لتفي ببيان تطبيقات مختلفة في أبواب شتى لبيان هذا التباين في الآثار ما بين مرحلتي الثبوت والاستقرار.

ثالثا: مرحلة انقضاء الحق:وبهذه المرحلة تنهي العلاقة بين المتعاقدين ففي المهر مثلا عندما يتم العقد يجب الحق وعند الدخول يستقر وبعد قبضه ينقضي الحق.

مشكلة الدراسة وأهميتها وأهدافها:

مشكلة الدراسة:

لقد قمت بصياغة مشكلة الدراسة بمجموعة من التساؤلات على النحو الآتي:

- أولا: ما معنى استقرار الحق ؟
- ثانيا: ما تطبيقات استقرار الحق في عقود المعاوضات ؟
- ثالثا: ما تطبيقات استقرار الحق في عقود التوثيقات؟
- رابعا: ما تطبيقات استقرار الحق في المعاملات المعاصرة؟
- خامسا: ما الآثار المترتبة على استقرار الحق في المسائل التي تعرض لها هذه الدراسة؟

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية البحث من وجوه وهي:

- أولا:حاجة الباحثين في الفقه الإسلامي لدراسة تعنى بمفهوم استقرار الحق وتطبيقاته وتعينهم على معرفة الآثار المترتبة.
- ثانيا: يعرض لموضوع لا يستغني عنه الباحثون في أهم مرحلة من مراحل الحق وهي الاستقرار وما له من آثار.
- ثالثا: بيان عدل الشريعة بتفريقها بين الآثار المترتبة على الحق قبل استقراره وبعد استقراره في العقود.

أهداف الدراسة:

إن الأمور التي يركز عليها البحث لتوضيحها هي:

- أولا: التعريف باستقرار الحق.
- ثانيا: بيان مجالات استقرار الحق في عقود المعاوضات والتوثيقات والمعاملات المعاصرة.
- ثالثا: بيان الآثار العملية لاستقرار الحق في المسائل التي تعرض لها الدراسة.

الدراسات السابقة:

هذه الدراسة تعنى ببناء الحق في أهم مراحله وهي مرحلة الاستقرار التي تتميز بأسبابها وآثارها عن مرحلة الوجوب وستبرز الدراسة هذا الاستقرار من خلال جملة من التطبيقات الفقهية التي سيتناولها الباحث في الدراسة ولم أجد من عرض لهذا الموضوع في رسالة علمية أو بحث محكم وإنما تكلمت عن الحق بشكل عام وأبرزها:

١. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده،الدكتور فتحي الدريني،رسالة دكتوراة من جامعة الأزهر،كلية الشريعة وعرف فيها الحق عند الفقهاء والأصوليين والقانونيين والأسس التي يستند عليها تقييد الحق.

٢. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الدكتور فتحي الدريني، وعرف فيها التعسف في استعمال الحق، وذكر االتكييف الفقهي للتعسف وأدلة النظرية من الكتاب والسنة والأصول التشريعية والقواعد الفقهية ومعايير النظرية في الفقه،وجزاء التعسف.

٣. مصادر الحق في الفقه االإسلامي، الدكتور عبد الرزاق السنهوري ١٩٥٣- ١٩٥٤م، محاضرات ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية في مصر، وتكلم عن الحقوق الشخصية والعينية، وتكلم عن مصادر الحق وهي الأسباب التي تنشئ الحق.

وهناك مجموعة من الكتب تناولت موضوع الحق،ولم تتعرض لموضوع استقرار الحق وهي:

١. الفقه الإسلامي وأدلته،الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي،وتكلم فيه عن الحق وأركانه وتقسيم الحق ومصادر الحق وأدلة حرمة التعسف،ولم يتكلم عن استقرار الحق وأثره.

٢. المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي،الشيخ مصطفى أحمد الزرقا،وتكلم عن الحق بشكل عام ولم يتعرض لمفهوم استقرار الحق.

منهج البحث:

سيسلك الباحث في البحث المناهج الآتية:

أولا:المنهج المقارن بين فقه المذاهب المعتمدة على النحو الآتي:

١. تصوير المسألة تصويرا فقهيا دقيقا.

٢. حال الاتفاق اذكر الحكم ودليله موثقا ذلك من الأصول المعتمدة في المذاهب.

٣. في حال الاختلاف أذكر أقوال كل فريق وأدلته موثقا الآراء من أصولها.

٤. مناقشة هذه الأدلة مناقشة علمية ثم الترجيح بينها وفق أسس الترجيح المعتبرة عند الفقهاء.

ثانيا: المنهج التحليلي

ثالثا: المنهج الاستقرائي طريقة التقرير العلمي منه والتي تقوم على الاستقراء الجزئي من خلال الرجوع إلى المصادر المعتمدة في الفقه الإسلامي.

خطة الدراسة

وجاء هذا البحث في أربعة فصول وخاتمة:

الفصل الأول: تعريف الحق، وجوبه ، استقراره ، انقضاؤه ، أسباب استقرار الحق ، أركانه ، مصادره ، أنواعه.

- **المبحث الأول: تعريف الحق والألفاظ ذات الصلة.**
  - المطلب الأول: تعريف الحق لغة واصطلاحا.
  - المطلب الثاني: تعريف وجوب الحق.
  - المطلب الثالث: تعريف استقرار الحق.
  - المطلب الرابع:مصطلح استقرار الحق في كتب الفقهاء.
  - المطلب الخامس: أسباب استقرار الحق.
  - المطلب السادس: تعريف انقضاء الحق.
  - المطلب السابع:الفرق بين وجوب الحق واستقراره وانقضاؤه.
- **المبحث الثاني: أركان الحق.**
  - المطلب الأول: صاحب الحق.
  - المطلب الثاني: محل الحق.
- **المبحث الثالث: مصادر الحق وأنواعه.**
  - المطلب الأول: مصادر الحق.
  - المطلب الثاني: أنواع الحق.
- **المبحث الرابع:عقود المعاوضات والتوثيقات.**
  - المطلب الأول:عقود المعاوضات تعريفها وأقسامها.
  - المطلب الثاني:عقود التوثيقات تعريفها وأقسامها.

الفصل الأول

تعريف الحق، وجوبه، استقراره، انقضاؤه، أسبابه، أركانه، مصادره، أنواعه

المبحث الأول: تعريف الحق والألفاظ ذات الصلة

إن استقرار الحق في العقود غاية المتعاقدين من العقد؛ لأن استقرار الحق يثبت لطرفي العقد حقهما ثبوتا تاما، فيتمكن كل طرف من استعمال محل الحق مسؤولا عن تصرفه ويكون له سلطة ومكنة على محل الحق،مما يؤدي إلى حرية التصرف فيه.

فالمرتهن له حرية التصرف في العين المرهونة في حالة عدم السداد في حدود حقه، والمشتري له حرية التصرف في المبيع بعد استلامه خاليا من الشواغل والخيارات والعيوب.

واستقرار الحق له ارتباط وثيق بمبدأ العدل في الإسلام؛ لأن تصرف المتعاقدين في حقيهما بعد استقراره، غاية العقد الذي شرع له، وتحمل الآثار المترتبة على العقد بعد استقراره مقتضى العدل، والاستقرار قاعدة من قواعد الإسلام ليس في العقود وحدها بل يشمل كثيرا من المسائل الفقهية منها العبادات كاستقرار الحج في الذمة واستقرار الملك في الزكاة، والشركات كتقسيم الربح في المضاربة إذا كان المال ناضا وبه يحصل الاستقرار، والقصاص فيستقر حق أولياء المقتول بالتمكين لهم من القاتل، والديات كمن قطع يد ذمي ثم أسلم، ومات وجبت فيه دية مسلم؛ لأن الاعتبار في الدية بحال استقرار الجناية وهو في حال استقرار الجناية مسلم، والشفعة فتستقر بمطالبة الشفيع،والوصية تستقر بموت الموصي لأن الوصية كالميراث، وعقود التبرعات- كالهبة- تستقر بتسليم العين فلا تسقط بحال، والمهر يستقر بالدخول الحقيقي أو الموت أو الخلوة الشرعية الصحيحة، وكثير من المسائل نجد فيها معنى الاستقرار.

وتكلم الفقهاء عن الحقوق العامة والخاصة وما يتعلق بهما، من حقوق سياسية واقتصادية وغيرها، وسيكون بحثنا إن شاء الله تعالى بما يتعلق بالحق المالي والحق الشخصي والعيني هما فرع الحق المالي، وسنبحث ما يتعلق بعقود المعاوضات التي تبنى على مبادلة بين المتعاقدين وتنشىء حقوقا والتزامات وفيها صفة اللزوم، وعقود التوثيقات التي تهدف إلى الحفاظ على الأموال.

المطلب الأول: تعريق الحق لغة واصطلاحا

تعددت تعريفات العلماء للحق في اللغة، وكانت تعريفاتهم تدور حول معنيين ترجع إليهما غالبية المعاني اللغوية، وهي الوجوب والثبوت من الفعل اللازم حق أو الإيجاب والإثبات من الفعل المتعدي أحق، ومن هذه التعريفات التي ذكرها أهل اللغة أن الحق نقيض الباطل فالحق يجب ويثبت والباطل لا يجب ولا يثبت ومما يدل على ذلك ما ذكره الفراهيدي – رحمه الله تعالى – بقوله:"الحق لغة: نقيض الباطل. حق الشيء يحق حقا أي وجب وجوبا. وتقول: يحق عليك أن تفعل كذا، وأنت حقيق على أن تفعله"(١).

ويطلق الحق على الأمر الثابت الموجود وعلى الصدق والإحكام؛ لأنه ثابت لا يتغير ويطلق الحق على النصيب من الميراث والتركة لوجوبه وثبوته لصاحبه وعدم تغيره وسمي القرآن حقا لثبوته وعدم تغيره، ويطلق الحق على ما يحق للإنسان وما يحق عليه، ومن أسماء الله الحسنى وصفاته الحق فهو الثابت في ذاته وصفاته وأفعاله وذكر الكفوي – رحمه الله تعالى – ذلك بقوله: "الحق: حق الشيء: وجب وثبت حققت الشيء: أثبته ومعنى "لقد حق القول": ثبت الحكم وسبق العلم وتحققته: تيقنته وجعلته ثابتا لازما وكلام محقق: أي رصين وثوب محقق: أي محكم النسج وحقت القيامة: أحاطت و [حقت] الحاجة: نزلت واشتدت وزيد حقيق بكذا: أي خليق به وهو أحق بماله: أي لا حق لغيره فيه، بل هو مختص به بغير شريك والأيم أحق بنفسها من وليها: أي هما مشتركان، لكن حقها آكد والحقة، بالكسر: الحق الواجب هذه حقتي، وهذا حقي؛ تكسر مع التاء وتفتح بدونهاوالحق: القرآن، وضد الباطل، ومن أسمائه تعالى، أو من صفاته بمعنى الثابت في ذاته وصفاته، أو في ملكوته يستحقه لذاته"(٢).

---

(١) الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم،كتاب العين، ج٣ ص٦، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي،الناشر:دار ومكتبة الهلال،

انظر: الفيومي،أحمد محمد علي،المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،ج١ ص ١٤٣،الناشر:المكتبة العلمية – بيروت.ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، لسان العرب فصل الحاء – مادة حقق، ج١٠ ص٤٩،ط٣ ١٤١٤هـ، الناشر دار صادر بيروت.

الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب،القاموس المحيط،ج١ ص ٨٧٥، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة،ط٢ ١٤٢٦ه-٢٠٠٥م،الناشر:مؤسسة الرسالة – بيروت.

(٢) الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ص ٣٩١، تحقيق: عدنان درويش- محمد المصري، الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت.

التعريف الاصطلاحي للحق

تعددت تعريفات العلماء للحق، والذي يبدو أن الفقهاء – قديما - لم يضعوا تعريفا خاصا لمصطلح الحق؛ لوضوحه عندهم ولشدة ارتباطه بالمعنى اللغوي، والفقهاء المعاصرون تعددت تعريفاتهم للحق، ما بين موسع ومضيق، وسأذكر طائفة من التعريفات للفقهاء قديما وحديثا ونبين الراجح من تلك التعريفات:

التعريف الأول: قال العيني في باب الحقوق:"أي هذا باب في بيان أحكام الحقوق وهو جمع حق وهو ما يستحقه الرجل، وله معان أخرى منها الحق ضد الباطل"(١).

ويظهر من كلام الإمام العيني، قوة الربط بين المعنى اللغوي والاصطلاحي،عند قوله ومنه الحق وهو ضد الباطل، و يؤخذ على التعريف ما يأتي:

أولا: أنه قصر الحق على ما يستحقه الرجل،وهناك حقوق لله تعالى لم تذكر في تعريف الإمام إذ إن الفقهاء أول ما يذكرون من الحقوق حق الله تعالى،بل ما من حق للعبد إلا ولله فيه حق، فضلا عن الحقوق المعنوية التي لا تدخل في التعريف بحال من الأحوال.

ثانيا: وقوله "ما يستحقه الرجل" يلزم منه الدور، إذ إن الاستحقاق الوارد في التعريف، متوقف على تعريف الحق، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق.

التعريف الثاني: قال القاضي المروزي الشافعي في تعريف الحق أنه "اختصاص مظهر في ما يقصد له شرعا"(٢).

وهذا التعريف من التعريفات النادرة للحق، إذ إنه يميز الحق عن غيره من الحقائق الشرعية ويبين الاختصاص لصاحب الحق والتمكن من استخدام حقه والتصرف فيه وعدم التعدي عليه وأن ذلك الحق لا يعتبر إلا بإقرار الشارع الحكيم، وهذا فصل ما بيننا وبين القانونيين في اعتبار الحق إذ إنهم يعدون الحق مرتبا لآثاره بمجرد العقد،ولو كان مخالفا للشرع بخلاف الحق عندنا فآثاره تترتب إذا كان العقد موافقا للشرع، وأي شرط في العقد خالف الشرع يكون باطلا.

وربما يكون التعريف قد أغفل ذكر حق الله تعالى، إذ إن حق الله تعالى هو أساس الحقوق كلها.

---

(١) العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين، البناية شرح الهداية،ج٨ ص ٣٠١،ط١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان.

(٢) الخولي، أحمد محمود، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص ٣٨، ط١ ٢٠٠٣م، دار السلام – القاهرة. وبذلت جهدي للحصول على التعريف من مصدره الأصيل فلم أجده وعزاه المؤلف إلى كتاب طريق الخلاف بين الشافعية والحنفية وهو مخطوط.

وذكر المعاصرون عدة تعريفات للحق أبرزها ما يأتي:

أولا:تعريف الزرقا – رحمه الله تعالى – إذ عرفه بقوله:"اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا"(١).

وذكر بعد التعريف ما يتعلق به من تحليل وإيضاح أذكره مختصرا:

فالاختصاص علاقة تشمل ما كان موضوعه ماليا،كالدين في الذمة بأي سبب كان والذي موضوعه ممارسة سلطة شخصية كممارسة الولي ولايته.

والعلاقة حتى تكون حقا لا بد أن تختص بشخص معين أو فئة معينة فتخرج بذلك المباحات.

والحق يتضمن أحيانا سلطة وأحيانا تكليفا،والسلطة إما على شخص كالولاية على النفس،أو على شيء معين كالملكية.

والتكليف عهدة على إنسان، إما أن تكون شخصية كقيام الأجير بعمله أو مالي كوفاء الدين

ثانيا: تعريف الدريني إذ قال في تعريفه:"اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة"(٢).

وذكر تحليل التعريف أذكره مختصرا:

أولا: اختصاص: انفراد واستئثار فقد يكون صاحب الحق هو الله تعالى، أو شخص حقيقي أي الإنسان، أو معنوي الدولة، أو الشخصية الاعتبارية كالمؤسسات وغيرها.

ويخرج بذلك المباحات إذ إنها حق للجميع على سبيل التساوي دون مزية لأحد.

ثانيا: يقر به الشرع سلطة: إذ الاعتبار بسلطة الشرع،فالغاصب والسارق – مثلا – سلطته واقعية وليست شرعية، فحرية التصرف باعتبار الشرع.

ثالثا:على شيء أو اقتضاء من آخر:فالسلطة على الشيء كحق الملكية، وعلاقة شخص الدائن والمدين، إذ إن حقه في العين لا يجيز له الانتفاع بها، والأداء يكون إيجابا بالفعل، كالقيام بعمل،أو سلبا كالامتناع عن عمل.

رابعا: وصاحب الحق لا بد أن يكون استخدامه للحق،وفق ضوابط الشرع فلا يخرج عن مراد الشارع، كالتحيل لعدم إخراج الزكاة.

---

(١)الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص١٩، ط١ ١٩٩٩م-١٤٢٠هـ، دار القلم - دمشق.

(٢)الدريني، محمد فتحي، الحق ومد ى سلطة الدولة في تقييده، ص ١٩٣، ط٣١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م، دار النشر: مؤسسة الرسالة – بيروت.

وتعددت تعريفات الفقهاء للحق،ما بين مهتم بالمعنى اللغوي، ومهتم بمفهوم المصلحة المترتبة على الحق، ومعتن بمفهوم استقرار الحق مما يجعل لصاحب الحق سلطة ومكنة،ونجد العلماء يطلقون الحق أحيانا على جميع الحقوق المالية وغير المالية، فيقولون: حق الله وحق العبد ويزيدون أحيانا مرافق العقار.

وأحيانا على ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد،فعقد البيع حكمه نقل الملكية للمبيع،ومن حقوقه تسليم المبيع ودفع الثمن،وفي بعض الأحيان يطلق المصطلح على ما يتعلق بالقضايا المالية،وهذا أكثر ما يهمنا؛لأن عقود المعاوضات والتوثيقات مبنية على قضايا الحقوق المالية والتوثيقات وجدت للمحافظة على عقود المعاوضات،إذ إنها وسيلة لحفظ الحقوق، فعرف الشيخ الزرقا الحق المالي بقوله:"اختصاص له قيمة بين الناس "أو اختصاص مشروع بمنفعة ذات قيمة مالية بين الناس "[(١)]. واعتبر الخولي أبرز التعاريف للحق المالي هو:"صفة شرعية يقتدر الإنسان على التصرف والانتفاع بالأعيان المالية تصرفا مشروعا وهو ثلاثة أنواع،الأول:حق ملك الشيء ذاتا ومنفعة، الثاني: حق ملك الانتفاع، الثالث:حق الارتفاق"[(٢)].

التعريف المختار: وتعريف الزرقا على قصره،يعتبر جامعا مانعا، إذ إن الاختصاص الذي أشرنا إلى معناه سابقا لا بد أن يكون مشروعا وإلا لم يكن حقا معتبرا شرعا، ولا بد أن يكون هناك اعتبار بين الناس لتلك القيمة المالية أو المنفعة.

وهذا فصل ما بيننا وبين أهل القانون، إذ إنهم يعتبرون الحق المالي دون النظر إلى الصبغة الشرعية، بل كل اهتمامهم بإرادة المتعاقدين دون النظر إلى الشرع، ويتضح ذلك من خلال تعريفاتهم إذ عرفوا الحق بأنه: "قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون للشخص لتمكينه من القيام بأعمال معينة، تحقيقا لمصلحة له يعترف بها القانون ويحميها "[(٣)]. فمجرد إقرار القانون يجعل الفعل مشروعا.

ونخلص إلى أن الفقهاء ذكروا مصطلح الحق وكان واضحا مما جعلهم لا يكثرون الكلام في تفصيل معناه - وإن أشار إليه بعضهم- وذلك لشدة ارتباطه بالمعنى اللغوي، الذي يجعل صاحب الحق له من اللزوم في ذمة الآخر ما لا ينكره أحد.

ومفهوم الحق تكلم فيه بعض الفقهاء – قديما – بكلام يفوق التصور كما ذكرنا في تعريف المروزي، مما يدل على دقة فهم االفقهاء لمصطلح الحق، لا كما يزعم البعض أن الفقه الإسلامي لم يعرف مفهوم الحق بوضوح.

---

(١) الزرقا،مصطفى أحمد،المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي،ص٢٠، ط١ ١٩٩٩م-١٤٢٠هـ،دار القلم - دمشق.

(٢) الخولي،أحمد محمود،نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،ص ٤٣،ط١ ٢٠٠٣م،دار السلام – القاهرة.

(٣) مرقس،سليمان مرقس،المدخل للعلوم القانونية،ص ٥٦٤،دار صادر – بيروت.

المطلب الثاني: وجوب الحق

تعددت تعريفات علماء اللغة للوجوب،وهي تدور حول معنيين اللزوم والإثبات مما يدل على اتصال مصطلح الحق بالوجوب، فوجود الحق يستلزم وجوبه ومن معاني اللزوم ما ذكره الزبيدي بقوله:"الوجوب لغة: وجب الشيء، يجب وجوبا بالضم، وجبة كعدة. ونقل عن شيخه قوله: هو أيضا مقيس في مثله، وقال الزبيدي: هذا المصدر، إنما ذكره الجوهري في وجب البيع يجب جبة. واقتصر هنا على الوجوب: لزم، وفي التلويح: الوجوب في اللغة، إنما هو الثبوت. قال الزبيدي: وهو قريب من اللزوم وفي الحديث: إذا كان البيع عن خيار فقد وجب، أي: تم ونفذ. يقال: وجب البيع وجوبا، وأوجبه إيجاب: أي لزم وألزمه، يعني: إذا قال بعد العقد:اختر رد البيع، أو إنفاذه، فاختار الإنفاذ، لزم وإن لم يفترقا"[(١)].

ومن معاني الوجوب الوقوع يقول أبو بكر الأنباري:" وقولهم: قد وجب الحق قد وقع الحق. وكذلك: قد وجب البيع معناه: قد وقع البيع" [(٢)].

وجوب الحق اصطلاحا

إن الحق يمر بمراحل أولها:مرحلة وجوب الحق؛لأن الحق حتى يستقر لا بد أن يكون موجودا أصلا، واجتهدت في وضع تعريف لوجوب الحق؛بحسب فهمي لكلام أهل اللغة والمسائل الفقهية المتعلقة بالموضوع.

وجوب الحق اصطلاحا: " وجود السبب الذي ينشئه فتنشغل به الذمة ".

أما قيد "وجود السبب الذي ينشئه ": فالحق المالي لا يعتبر إلا إذا وجد سبب شرعي يقره، فالعقد من مصادر إنشاء الحق – كما سيأتي معنا – فإذا وجد العقد وهو السبب نشأ حق لطرفي العقد كان معدوما،ففي البيع يجب الحق للمشتري في عين المبيع بمجرد العقد،ويجب الثمن للبائع بمجرد العقد، وليس لأي طرف التراجع إلا في حالات معينة كخيار الشرط والعيب وغير ذلك مما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.وهذا الحق وجد لوجود سببه، إذ لولا السبب وهو العقد لما نشأ حق لأي طرف من أطراف العقد،وما ترتب عليه أي أثر.

---

(١) الزبيدي،محمد بن محمد بن عبد الرزاق،تاج العروس من جواهر القاموس،ج٤ ص٣٣٣-٣٣٤، مجموعة من المحققين،الناشر:دار الهداية.
انظر التهانوي،محمد علي القاضي،موسوعات كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم،ج٢ ص١٠٦٥، تحقيق:د علي دحدوح، ط١ ١٩٩٦،الناشر:مكتبة لبنان – بيروت.
أبو حسين،سعدي أبو حسين،القاموس الفقهي لغة واصطلاحا،ج١ ص٣٧٢،ط٢ ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، الناشر:دار الفكر – سورية.

(٢) أبو بكر الأنباري،محمد بن القاسم،الزاهر في معاني كلمات الناس،ج١ ص ٢٩٥،تحقيق:حاتم الضامن،ط١ ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م،الناشر مؤسسة الرسالة – بيروت.

وقيد " فتنشغل به الذمة "فالأصل أن الإنسان ذمته بريئة من أي التزام مالي نحو الآخرين، ولكن إذا وجد السبب الشرعي- كالعقد مثلا- يصبح أطراف العقد ملزمين بأداء ما عليهم من حق.ومما ورد في تعريف الذمة ما ذكره الشيخ الزرقا:"محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه"(١) وهذا التعريف يشمل الحقوق المالية وغيرها، ووجدنا في التعريف للمعنى اللغوي للوجوب اقترانا كبيرا بين كلمتي الوجوب والحق.قال الإمام السبكي الشافعي- رحمه الله تعالى -: " إذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري:لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال فيه ثلاثة أقوال:أحدها يجبر البائع على إحضار المبيع، والمشتري على إحضار الثمن، ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة، لأن التسليم واجب على كل واحد منهما، فإذا امتنعا أجبرا كما لو كان لأحدهما على الآخر دراهم، وللآخر عليه دنانير...ثم قال رأيه الذى يدل على موافقته لما ذهبنا إليه من تساوي المبيع، سواء أكان الثمن عينا أم نقدا فقال: ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه، فكان تقديمه أولى سيما مع تعلق الحكم بعينه، وتعلق حق البائع بالذمة، وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده، ولذلك يقدم الدين الذي به الرهن في ثمنه على ما تعلق بالذمة " (٢) فعند التأمل تجد عبارة "تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه" فتدل على أن استقرار البيع وتمامه مرحلة تختلف عن مرحلة العقد وهي مرحلة الوجوب وتزيد عليها،وأن البيع لا يتم إلا عند التسليم،وإن كان ملزما في مرحلة الوجوب، وتجد عبارة " وتعلق حق البائع بالذمة " فالذمة قبل العقد بريئة، وبعده أصبحت مشغولة بحق الآخرين، وأن المشتري بمجرد العقد أصبح مطالبا بالثمن.

قال الإمام السبكي الشافعي – رحمه الله تعالى- "وإن كانت الأجرة على منفعة معينة جاز بأجرة حالة ومؤجلة، لأن إجارة العين كبيع العين، وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل، فكذلك الإجارة، فإن أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد، ويجب تسليمها بتسليم العين "(٣).

---

(١) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص٢٠١، ط١ ١٩٩٩م-١٤٢٠هـ، دار القلم - دمشق.

(٢) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، ج١٣ ص ٨٤، الناشر:دار الفكر.

(٣)النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، ج١٥ ص ٣٣-٣٤، الناشر: دار الفكر.

في عقد الإجارة تجب الأجرة بمجرد العق، فوجود عقد الإجارة - وهو مصدر من مصادر الحق - أنشأ حقا لم يكن موجودا،فنشأ حق للمستأجر بتسلم المؤجر، لاونشأ حق للمؤجر بتسلم الثمن،وهذا الحق وجب بمجرد العقد فانشغلت ذمة المستأجر بأداء هذا الحق لوجود العقد، بعد أن كانت ذمته بريئة ويتضح ذلك من عبارة: " فإن أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد " فوجود الحق ووجوبه مقترنان.

وهناك عشرات العبارات في المذاهب تدل على معنى الوجوب والاستقرار في الفقه الإسلامي عموما، وعقود المعاوضات والتوثيقات خصوصا، فما من حق إلا ويمر بمرحلة الوجوب ثم الاستقرار ثم الانقضاء، على ما سيأتي بيانه أثناء دراسة التطبيقات إن شاء الله تعالى.

المطلب الثالث: تعريف استقرار الحق

تعددت تعريفات علماء اللغة للاستقرار، وتجدها تدور حول معان وهي التمكن والثبات والإمضاء والغاية والنهاية والملازمة والالتصاق.

وممن ذكر هذه المعاني ما جاء في مجمع اللغة العربية بقولهم عن التمكن والإمضاء كمعنيين من معاني الاستقرار: "الاستقرار لغة:استقر بالمكان تمكن وسكن. تقرر الأمر: استقر وثبت والرأي أو الحكم أمضاه من يملك المستقر: القرار والثبوت ويقال لكل نبأ مستقر غاية ونهاية وصار الأمر إلى مستقره تناهى وثبت مضاؤه"[(١)].

ونجد المعاني اللغوية تدور حول معاني التمكن والثبات والسكون والإمضاء وغيرها من المعاني، وتجد لكلمة الاستقرار مرادفات في لغة العرب،كالإقامة والدوام والسكينة والطمأنينة والهدوء والتحقق والرسوخ والمتانة، مما يدل على شيء زائد عن ثبوت الأمر ابتداء فثبوت الأمر لا يعني تمكن الإنسان منه،ولكن استقراره يعطي شيئا زائدا كالتمكن والرسوخ،ولها أضداد كالاضطراب والحركة وغيرها.

---

(١) مجمع اللغة العربية (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات،حامد عبد القادر، محمد النجار)،المعجم الوسيط،ج٢ ص ٧٢٥،الناشر:دار الدعوة.

انظر الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط،ج١ص ٤٦١،تحقيق:مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة،ط٢ ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م،الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت الفيومي،أحمد بن محمد بن علي،المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،ج٢ ص ٤٩٦،الناشر المكتبة العلمية – بيروت،ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، لسان العرب، ج٥ ص٨٤، ط٣ ١٤١٤هـ،الناشر دار صادر بيروت،ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني،معجم مقاييس اللغة،ج٥ ص٨، تحقيق:عبد السلام هارون، الناشر: دار الفكر ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

استقرار الحق اصطلاحا

إن الحق يمر بمراحل ثانيها: مرحلة استقرار الحق؛ لأن الحق إذا استقر تمكن صاحبه منه فهي مرحلة زائدة على الوجوب، واجتهدت في وضع تعريف لاستقرار الحق؛ بحسب فهمي لكلام أهل اللغة والمسائل الفقهية المتعلقة بالموضوع.

استقرار الحق اصطلاحا: ثبوت الحق ثبوتا تاما يمكن صاحب الحق من استعمال محل الحق والتصرف فيه ويؤمن على العقد من الفسخ.

أما قيد:"ثبوت الحق ثبوتا تاما "فإن أصل الحق قد ثبت بالعقد كمصدر من مصادر الحق وهو محل بحثنا، وهذا الثبوت ليس تاما فلا بد من أمور غير أصل العقد حتى يصبح تاما كتسليم المبيع – مثلا- ليحصل الحق التام للمشتري. وقيد: "يمكن صاحب الحق"من يثبت له الحق وهو الإنسان إما بشخصه الطبيعي أو الاعتباري كالشركات.

وقيد:"من استعمال محل الحق والتصرف فيه "ومحل الحق ما يتعلق به ويرد عليه ومرادنا هنا الحق المالي، والحق الشخصي والعيني هما فرع الحق المالي، إذ إن الحق الشخصي إقرار الشرع بشيء لأحد الطرفين على الآخر، سواء كان بالفعل كتسلم البائع للثمن أو الترك كعدم استعمال الوديعة، والحق العيني: إقرار الشرع للحق على شيء بذاته، كحق البائع في التصرف في ملكه تصرفا تاما، كحقه في الانتفاع بالمرهون في حالة عدم السداد، وحتى يتمكن من التصرف في محل الحق،لا ينبغي أن يكون لأحد سلطة على محل الحق.

وقيد: "يؤمن على العقد من الفسخ "فلا يستطيع أحد طرفي العقد، الانفراد بإنهاء العقد وفسخه، إذ لا بد من اتفاق الإرادتين، وبذلك تحفظ العقود من العبث.

المطلب الرابع: مصطلح استقرار الحق في كتب الفقهاء

وذكر الفقهاء كثيرا من العبارات التي تدل على معنى الاستقرار، منها ما ذكره الإمام المرغيناني الحنفي:" (ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى إن دخل بها أو مات عنها)قال العيني في الشرح: اعلم أن المهر يجب بالعقد، إما بالتسمية إذا وجدت، وإلا فبالحكم، أعني مهر المثل بحكم الشرع، ثم يستقر المهر بأحد أشياء ثلاثة، إما بالدخول أو بموت أحد الزوجين، وإما بالخلوة الصحيحة، فذكر المصنف (أي المرغيناني) الأوليين وهما الدخول وموت أحد الزوجين.ثم علل بقوله: (أي المرغيناني): (لأنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل) قال العيني في الشرح: وهو البضع (قال المرغيناني): (وبه يتأكد البدل) قال العيني في الشرح: وهو المهر فيجب عليه إيفاء البدل، كما إذا قبض المبيع يستقر عليه الثمن (قال المرغيناني): (وبالموت) قال العيني في الشرح: أي بموت أحد الزوجين"وذكر الرجراجي المالكي ثلاثة آراءللمالكية في الذي تملكه المرأة بعقد الزواج وكان الرأي الثالث:"أنها تملك بالعقد نصف الصداق، و يستقر لها النصف الآخر بالموت أو الدخول، وهو قول مالك"(١).

وذكر الرجراجي المالكي ثلاثة آراء للمالكية في الذي تملكه المرأة بعقد الزواج وكان الرأي الثالث:"أنها تملك بالعقد نصف الصداق، و يستقر لها النصف الآخر بالموت أو الدخول، وهو قول مالك"(٢).

وذكر الإمام الضبي الشافعي في كتاب الصداق قوله:" المهر ضربان: مسمّى، ومهر المثل.

فأما المسمّى فإنه يستقر بالموت أو الوطء، ويتنصّف بالطلاق قبل الدخول"(٣).

وذكر الإمام الخطيب الشربيني في شرحه للمنهاج للإمام النووي معنى دقيقا من معاني الاستقرار، عند شرحه لمسألة من مسائل المهر في كتاب الصداق:" قال النووي: (ويستقر المهر) قال الشربيني:على الزوج قال النووي:(بوطء)قال الشربيني: ولو في الدبر بتغييب حشفة أو قدرها من مقطوعها سواء أوجب بنكاح أو فرض كما في المفوضة قال النووي: (وإن حرم) قال الشربيني:الوطء قال النووي:(كحائض)قال الشربيني: لاستيفاء مقابله، والقول قول الزوج في الوطء بيمينه. فإن قيل: لا بد في الاستقرار مع الوطء من قبض العين؛ لأن المشهور أن الصداق

---

(١)العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين،البناية شرح الهداية،ج٥ ص ١٣٨ط١ ١٤٢٠ هـ – ٢٠٠٠م،الناشر:دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

(٢)الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد،مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها،ج٣ ص٤٦٩، ط ١، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م،الناشر:دار ابن حزم.

(٣)الضبي،أحمد بن محمد بن أحمد،اللباب في الفقه الشافعي،ج١ ص٣١٨،تحقيق:عبد الكريم العمري، ط١ ١٤١٦هـ،الناشر:دار البخاري، المدينة المنورة،المملكة العربية السعودية.

قبل القبض مضمون ضمان عقد كالمبيع، فكما قالوا: إن المبيع قبل القبض غير مستقر وإن كان الثمن قد قبض فكذلك الصداق..أجيب بأن المراد بالاستقرار هنا:الأمن من سقوط كل المهر أو بعضه بالتشطير، وفي البيع الأمن من الانفساخ، والمبيع إذا تلف قبل القبض انفسخ البيع"(١).

وذكر الإمام ابن قدامة المقدسي الحنبلي في باب ما يستقر به الصداق وما لا يستقر:" يستقر الصداق بثلاثة أمور: أحدها: الخلوة بعد العقد... والثاني الوطء يستقر به الصداق وإن كان في غير خلوة؛ لأنه قد وجد استيفاء المقصود، فاستقر العوض... الثالث: موت أحد الزوجين قبل الدخول يقرر الصداق"(٢).

عند النظر في النصوص الفقهية السابقة، من مذاهب الأئمة الأربعة(٣)، نجد معنى الاستقرار للحق واضحا، وإن كان عقد النكاح يعتبر من عقود المعاوضات – تجوزا – عند بعض العلماء، ويعتبر من العقود التي تكون بلا مقابل من مال أو منفعة،إذ إن الغاية منه السكن والمودة وبناء الأمة، لكن ذكرناه هنا لوضوح معناه، ولما سيأتي معنا – إن شاء الله تعالى _ من تطبيقات توضح معنى الاستقرار في عقود المعاوضات المالية والتبرعات، ونجد من خلال النصوص السابقة أن مرحلة الوجوب التي كانت بالعقد تختلف بوضوح عن مرحلة الاستقرار التي تليها والتي ثبتت بالدخول أو الموت أو الخلوة الشرعية الصحيحة – على رأي بعضهم- فكانت هذه الأسباب هي التي جعلت المهر يستقر استقرارا تاما فتأخذه الزوجة كاملا أما قبل الدخول،فإن المهر يتنصف فكان لمرحلة الوجوب أسباب تختلف عن أسباب مرحلة الاستقرار،ولمرحلة الوجوب آثار تختلف عن مرحلة الاستقرار.

ففي مرحلة الاستقرار آثار تتعلق بالعدة والنفقة ومسائل أخرى تختلف اختلافا بينا عن مرحلة الوجوب، وعرف الخطيب الشربيني الاستقرار في المهر:" بالأمن من سقوط كل المهر أو بعضه بالتشطير والاستقرار في البيع: الأمن من الانفساخ"(٤).

ويتبين أن الاستقرار هو الغاية من العقد – أصلا-،فما شرعت العقود إلا لمصالح العباد وحتى يأمن المتعاقدين من انفساخ العقد.

---

(١)الخطيب الشربيني،شمس الدين محمد بن أحمد،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج٤ص ٣٧٣،ط١٤١٥١هـ- ١٩٩٤م،الناشر:دار الكتب العلمية.

(٢)ابن قدامة المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الكافي في فقه الإمام أحمدج٣ ص٦٥-٦٦،ط١ ١٤١٤هـ-١٩٩٤م،الناشر:دار الكتب العلمية.

(٣) البناية١٣٨/٥،مناهج التحصيل٤٦٩/٣،اللباب١٣٨/١،الكافي ٦٥/٣،مراجع سابقة.

(٤) مغني المحتاج٣١٨/١،مرجع سابق.

ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء من الأئمة الأربعة،إلى تحريم بيع الوفاء[١]؛ لأنه يخالف مقتضى العقد وغايته،وهي ملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام.

وفكرة الاستقرار وجدت في كتب الفقهاء؛من خلال الملك المستقر والملك غير المستقر، وكلامهم غالبا في المعاوضات، مع أن موضوع الاستقرار يدخل في غالبية الأبواب الفقهية، وبعض العقود فيها استقرار وليس فيها ملك غير مستقر،مثل بعض عقود التوثيقات فالمرتهن له ملك مستقر في العين المرهونة،إذا كانت قيمتها تساوي الدين أو تقل،وقبل عدم السداد لم يكن له فيها ملك أصلا، يقول الإمام الزركشي:" الملك ينقسم إلى مستقر وغيره: فالمستقر: ما لا "يحتمل" السقوط بتلفه أو تلف مقابله، كثمن المبيع بعد القبض والصداق بعد الدخول، وغير المستقر بخلافه كالأجرة قبل استيفاء المنفعة لتعرض ملكها " للسقوط " بانهدام الدار، بل كلما مضى زمن من المدة استقر ملكه على مقابله من الأجرة، ومثله الثمن قبل قبض المبيع غير مستقر، ولهذا لو باع بنصاب وقبضه ولم يقبض المشتري المبيع حتى حال الحول لم يجب على البائع إخراج الزكاة حتى يقبضه المشتري في الأصح كالأجرة"[٢].

وبرزت فكرة الاستقرار بوضوح عند الفقهاء في عقود المعاوضات، كما سنبين في التطبيقات إن شاء الله تعالى كعقد ي البيع والإجارة ومنها ما ذكره الإمام السبكي الشافعي رحمه الله تعالى بقوله:

" الإجارة كالبيع ثم في البيع يجب الثمن بنفس العقد ويجب تسليمه بتسليم العين، فكذلك في الإجارة، فإن استوفى المنفعة استقرت الأجرة لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: قَالَ ربكم عز وجل: "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته، رجل أعطى بى ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره"، ولأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع، فإن سلم إليه العين التى وقع العقد على منفعتها ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء استقر البدل "[٣].

---

(١) ابن رشد الحفيد،محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٣ ص١٧٨،٢٠٠٤م – ١٤٢٥هـ،الناشر:دار الحديث القاهرة.

بيع الوفاء:البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن،يرد المشتري إليه المبيع.(معجم لغة الفقهاء ج١ ص ١١٥،محمد قلعجي – حامد قنيبي،دار النفائس،ط٢ ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م).

(٢)الزركشي، محمد بن عبدالله،المنثور في القواعد الفقهية،ج٣ ص ٢٤٠،ط٢ ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م،الناشر:وزارة الأوقاف الكويتية.

(٣)النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، ج١٥ ص ٣٣-٣٤،الناشر:دار الفكر.

فنجد في هذا النص إبراز فكرة الاستقرار في عقدي البيع والإجارة، فعقد البيع وجب الحق في الثمن بمجرد العقد،واستقر بتسليم المبيع فوجب على المشتري تسليم الثمن،وعقد الإجارة تجب الأجرة بمجرد العقد وتستقر بتسليم المنفعة أو التمكن من استعمالها فإذا مكن المستأجر من المنفعة استقرت الأجرة كما في عقد البيع.

الفرق بين القبض والاستقرار

لا بد من التنبيه على الفرق بين الاستقرار والقبض فهما أمران مختلفان،فالقبض لا يعني الاستقرار دائما؛فالقبض سبب من أسباب الاستقرار،فربما يكون هناك قبض ولا يكون الاستقرار في بعض الأحيان،فلو قبض البائع ثمن المبيع ولم يسلم المبيع للمشتري لهلاكه في يده يعود على المشتري بالثمن؛لأن حقه لم يستقرفي الثمن،فهنا تم القبض ولكن لم يستقر الثمن لعدم تسليم المبيع.

وفي عقد النكاح يستقر المهر بالدخول أو الموت أو الخلوة الشرعية الصحيحة،وربما لا يكون هناك قبض ويبقى الحق مستقرا،فيبقى دينا على الزوج،فعدم قبضه لا يعني عدم استقراره.

المطلب الخامس:أسباب استقرار الحق

إن الغاية من العقد ما يترتب عليه من حقوق، وهذا الحق حتى يؤتي ثمراته،لا بد للحق أن يستقر حتى يتمكن صاحب الحق من التصرف في حقه ونأمن على العقد من الفسخ، والاستقرار مبدأ مهم في الحقوق يعطي الحقوق صفة الإلزام ووجوب التنفيذ، فلو أن المشتري استلم المبيع يلزم بتسليم الثمن للمشتري، ولو اشترط تعجيل الثمن في الإجارة- مثلا- يلزم المستأجر بتسليم الأجرة،والاستقرار أهم مرحلة في العقد فالمبيع – مثلا – لا يجوز بيعه قبل استقراره في يد المشتري، مع أن العقد لازم فإذا استلم المبيع جاز له بيعه،ودين السلم – مثلا - فهو لازم ولكنه غير مستقر؛لاحتمال انقطاع المسلم فيه.

ومن أسباب استقرارالحق المالي الذي تناولته الدراسة ما يلي مجملا وتفصيل المسائل في التطبيقات:

أولا:تسليم المبيع: إن الحق يجب في المبيع بمجرد العقد، ولكن تمامه واستقراره لا يكون إلا بتسليمه وتمكين المشتري من الانتفاع به، وانظر إلى عبارة الإمام النووي – رحمه الله تعالى- إذ يقول:" ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه، فكان تقديمه أولى سيما مع تعلق الحكم بعينه"(١). وفي بيع المرابحة للآمر بالشراء يجب الحق بالعقد، ولكن يستقربتسليم العميل الآمر بالشراء للمبيع، وتمكينه من الانتفاع به.

ثانيا: استيفاء المنفعة: يجب الحق في الأجرة في عقد الإجارة بمجرد العقد، ولكن الأجرة تستقر باستيفاء المنفعة كما ذكر الحنفية،إلا أن يشترط في العقد التعجيل فتجب وتستقر بالعقد نفسه، وفي المسألة خلاف يذكر في التطبيقات لمفهوم الاستقرار.

وانظر إلى كلام الزيلعي إذ يقول:(والأجرة لا تملك بالعقد) قال في الهداية الأجرة لا تجب بالعقد وتستحق بإحدى معان ثلاث إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه اهـ قوله لا تجب بالعقد أي لا يجب أداؤها وتسليمها بمجرد العقد أما نفس الوجوب فثابت بنفس العقد(٢).

---

(١) المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))،ج١٣ ص ٨٤،مرجع سابق. المرابحة:إعلام البائع المشتري أنه يبيعه السلعة برأس مالها وربح معلوم.(انظر: قلعجي وقنيبي،محمد رواس وحامد صدقي، معجم لغة الفقهاء ج١ ص١١٤،ط٢ ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م،الناشر:دار النفائس).

(٢) الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي،: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، ج٥ ص١،ط١ ١٣١٣هـ، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة.

ثالثا: تعجيل الثمن:إن الحق في الثمن في عقد السلم يجب بالعقد نفسه ويستقر بتعجيل الثمن في مجلس العقد؛لئلا يكون هناك غرر وهذا رأي جمهور الفقهاء من الأئمة الأربعة،مع تفصيل عند المالكية يذكر في موضعه.

يقول الخرقي – رحمه الله تعالى -:" كل ما ضبط بصفة فالسلم فيه جائز إذا كان بكيل معلوم أو وزن معلوم أو عدد معلوم إلى أجل معلوم بالأهلة موجودا عند محله ويقبض الثمن كاملا وقت السلم قبل التفرق"(١).

رابعا:قبض العوضين في المجلس:إن الحق يجب في عقد الصرف بمجرد العقد،ويستقر بتقابض البدلين قبل التفرق، يقول المرغيناني – رحمه الله تعالى -:" (فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض"(٢).

خامسا:انتهاءالخيار: إن الحق يجب في بعض العقود كالبيع – مثلا – بمجرد العقد،ولكنه يستقر بانتهاء فترة الخيار،فلو كان الخيار للمشتري في خيار الشرط – مثلا – فإن الثمن لا يستقر عليه ولا يخرج منه إلا بانتهاء فترة الخيار،خلافا للبائع فإن الحق يجب بالعقد في المبيع ويستقر بالتسليم،فليس له الامتناع؛لأنه لا خيار له،والخيارات فيها تفصيل يأتي في بابه،فمن العقود ما لا يجوز فيه الخيار كعقد الصرف والسلم.

سادسا:رضا المحال عليه:إن الحق يجب في عقد الحوالة،بمجرد العقد ويستقر برضا المحال عليه إذا كان عليه دين فتبرأ ذمة المحيل عند الحنفية، خلافا للشافعية والمالكية،على ما سيأتي تفصيله،يقول المرغيناني – رحمه الله تعالى-:" ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصبح كالكفالة، وإنما اختص بالديون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل، والتحويل في الدين لا في العين. قال: وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه. أما المحتال فلأن الدين حقه، وهو الذي ينتقل بها، والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه، وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه"(٣).

سابعا:حلول الأجل:إن الحق يجب في الرهن بمجرد العقد،ولكنه يستقر عند عدم السداد وحلول الأجل،وهذا ينطبق على الرهن الرسمي،والكفالة يجب الحق بمجرد العقد فتنشغل ذمة الأصيل والكفيل،وتستقر بحلول الأجل وعدم السداد كما في خطاب الضمان أيضا،قال ابن قدامة

---

(١)الخرقي، أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله، متن الخرقى على مذهب ابي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني،ج١ ص ٦٩،ط١ ١٤١٣هـ، الناشر: دار الصحابة للتراث.
(٢)البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية،ج٧ ص ١٣٨،الناشر:دار الفكر.
(٣)البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية،ج٧ ٨ص ٤٨٦،الناشر:دار الفكر.

المقدسي – رحمه الله تعالى -:"لا يصح لأن بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب كما لو شرط أن لا يبيعه"(١).

ثامنا:سداد كامل الأجرة:إن الحق يجب في الإجارة المنتهية بالتمليك بالعقد نفسه،ولكن الحق يستقر عند سداد كامل الأجرة،والإجارة المنتهية بالتمليك تحوي عقدين بيع وإجارة على ما سيأتي تفصيله – إن شاء الله تعالى-.

تاسعا:المطالبة بالمال:فيجب الحق في خطاب الضمان، بإصدار الخطاب من المصرف بناء على طلب العميل،ويستقر بمطالبة المستفيد من المصرف،دون الرجوع إلى العميل أصلا خلافا للكفالة التي يرجع فيها على الطرفين.

عاشرا:قبض البدل:جميع ديون عقود المعاوضات المالية، تستقر بقبض البدل المقابل لها إلا دين السلم، فرغم وجوبه في الذمة فهو غير مستقر لاحتمال انقطاع المسلم فيه.

وسيأتي ذكر مزيد من الأسباب،أثناء الدراسة والأسباب التي تعرضت لها ما يتعلق بدراستي للمسائل المطروحة،مع وجود أسباب أخرى لاستقرار الحق لن أتعرض لها؛لأنها خارج محل الدراسة كما في قضية المهر من دخول حقيقي وخلوة وموت،وما يتعلق بعقود التبرعات.

وهناك عشرات المسائل في قضية استقرار الحق، كالحقوق غير المالية كالقصاص – مثلا- فالحق يجب به عند ثبوته على القاتل العمد، ويستقر بتمكين أولياء المقتول من القاتل،وينقضي بالقصاص من القاتل أو العفو.

وما من عقد إلا وفيه مفهوم للاستقرار سواء أكان من عقود التبرعات أو غيرها،مما يدل على أهمية موضوع الاستقرار للحق،سواء أكان ماليا أو غير مالي.

---

(١)ابن قدامة المقدسي، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، الشرح الكبير على متن المقنع، ج٤ ص٣٧٢، الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.

المطلب السادس:انقضاء الحق

يمر الحق الناشئ عن العقد في مراحل ثلاث،الأولى:ثبوت للحق يوجب أصل الحق واستقرار يلزم بالتنفيذ ونأمن على العقد من الفسخ وبعد تنفيذ الالتزام تنتهي العلاقة العقدية بين المتعاقدين،فلا يترتب على أحد شيء بعد قضاء الحق لصاحبه وهو ما يسمى بمرحلة انقضاء الحق.

ففي عقد الإجارة – مثلا – وجب الحق المالي بالعقد، مما أدى إلى انشغال الذمة بهذا الحق،فإذا تم تسليم المؤجر للمستأجر أو مكن من الانتفاع منه فقد استقر حقه فيه واستقر حق المؤجر في الأجرة،فالأجرة ثبتت بأصل العقد واستقرت بالتمكين من المنفعة.

فإذا انتهت مدة الإجارة – مثلا – فقد انقضى الحق بين الطرفين،فيعود المؤجر إلى مالكه الأصلي؛لانقضاء حق المستأجر في المؤجر وهوما يسمى بانقضاء الحق.

والعقود التي شرعت لأجل كالإجارة تنتهي بانتهاء الأجل؛فيعود الملك لصاحبه ويمكننا تعريف انقضاء الحق بأنه:وجود السبب الشرعي الذي يترتب عليه انتهاء العلاقة بين المتعاقدين.

وانقضاء الحق يكون بأمور معينة منها:

أولا:تحقق غاية العقد:إن الغاية من عقد البيع،نقل ملكية المبيع للمشتري،والثمن للبائع فإذا تم ذلك انقضى حق أي طرف بالمطالبة.

ثانيا: انتهاء مدة العقد: إن العقد شرع لمصالح العباد،فإذا تحققت المصلحة والغاية التي شرع من أجلها العقد، انقضت العلاقة بين المتعاقدين وليس لأحد المطالبة بحق، فعقد الإجارة محدد بمدة فإذا انتهت المدة عاد المؤجر إلى المؤجر والمستأجر انقضى حقه.

ثالثا:اختيار من له حق الخيار الفسخ: هناك بعض العقود تقبل الخيارات كالبيع،وبعضها لا يقبل الخيارات كالسلم، فما قبل الخيارات ينتهي باختيار صاحب الخيار الفسخ.

رابعا: الإقالة: إذا ندم أحد العاقدين على العقد، وأراد الفسخ وقبل الطرف الآخر يندب القبول إقالة لعثرته.

خامسا: موت أحد العاقدين:إذا كان عقد البيع لازما وللميت تركة،فلا ينفسخ العقد ويقوم الورثة بإيفاء ما على الميت من حقوق في حدود ما ترك، وإذا مات مفلسا قبل دفع الثمن وقبض المبيع فالحنفية يرون أن للبائع حبس المبيع وعدم تسليمه للورثة إلا بعد أن يدفعوا الثمن، ويرى المالكية والشافعية أن المشتري إذا مات مفلسا قبل قبض المبيع كان البائع أحق به، وأما إذا مات

المشتري مفلسا بعد قبض المبيع وقبل دفع الثمن للبائع فيرى الشافعية أن الموت يفسخ به البيع، ويسترد البائع سلعته إذا لم يقبض الثمن.

سادسا: العقود غير اللازمة من جانب واحد مثل الرهن والكفالة، تنفسخ باختيار الراهن والمكفول له الفسخ.

سابعا:العقود غير اللازمةمن الجانبين مثل الوديعة،تنفسخ باختيار أحد العاقدين الفسخ(١).

وجاء في القانون المدني الأردني في انقضاء الحق في الفصل السادس أن أسبابه هي:

أولا: الإبراء.

المادة ٤٤٤:إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام.

المادة ٤٤٥: لا يتوقف الإبراء على قبول المدين إلا أنه يرتد برده وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته.

المادة ٤٤٦: لا يصح الإبراءإلا من دين قائم ولا يجوز عن دين مستقبل.

المادة ٤٤٧: ١- يسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع .

٢-ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على تصرف يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان.

ثانيا: استحالة التنفيذ:

المادة ٤٤٨ :ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه.

---

(١) تبيين الحقائق ج٥ ص ١٤٤،مرجع سابق.
- انظر: الكاساني،علاء الدين أبو بكر بن أحمد،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٥ ص٣٦،ط٢ ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م،الناشر:دار الكتب العلمية.
- بداية المجتهد ٢٢٨/٣ مرجع سابق،مناهج التحصيل ج٥ ص ١٤٤،مرجع سايق.
- المجموع ج٩ /ص ١٩٢(مرجع سابق)،المغني ج٣ ص ٤٨٣(مرجع سابق).
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت،ج ٣٠ ص٢٤١، ط٢، دار السلاسل الكويت،١٤٢٧هـ.
- شبير، محمد عثمان، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص ٢٩٨- ٣٠١،ط٢ ١٤٣٠هـ- ٢٠١٠م، الناشر:دار النفائس.

ثالثا: مرور الزمان المسقط للدعوى:

المادة٤٤٩: لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة[١].

وفي القوانين الوضعية – كالقانون الجزائري- ينقضي الالتزام بأمور مرجعها ثلاثة أمور:

- أولا: الوفاء وهو الأمر المألوف بأداء الحقوق.
- ثانيا: الالتزام بما يعادل الوفاء كما هو الحال في الوفاءبمقابل ويقال له أيضا:الوفاء بعوض والمقاصة واتحاد الذمة.
- ثالثا: الالتزام بدون وفاء ولا بما يعادل الوفاء كما هو الحال في الإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط [٢].

ويبدو أن القانون الوضعي أخذ من الفقه الإسلامي كثيرا من الأمور المتعلقة بانقضاء الحق فالإبراء لم يكن معروفا عند القانونيين، لكنه عرف عندنا في الفقه كنوع من التبرع يتوقف على قبول المدين فأخذ به القانون، والوفاء عرف في الشريعة إذ إن العقد ما وجد إلا ليتم الوفاء به وهو معروف عند القانونيين أيضا،وهناك تفصيل في بعض القضايا كالتقادم واستحالة التنفيذ وثمة فروق جوهرية بين الشريعة والقانون في هذه القضايا ليس هنا محل عرضها والمقارنة بينها.

---

(١) القانون المدني الأردني، قانون رقم ٤٣، عام ١٩٧٦م، الجريدة الرسمية.

(٢) نضرة، ابن ددوش نضرة، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ص١١، ٢٠١١، رسالة دكتوراة.

المطلب السابع: الفرق بين وجوب الحق واستقراره وانقضائه

إن الحق يمر بمراحل ثلاث، أولاها مرحلة وجوب الحق وثبوته، إذ إن أصل الحق المالي يثبت بالعقد نفسه،فالعقد ينشئ الحق ابتداء فتنشغل الذمة بهذا الحق،ثم بعد ذلك تــأتي مرحلة الاستقرار، ولها من الأسباب والآثار ما يختلف عن مرحلة الوجوب وبها تؤخذ الحقوق وغاية العقود استقرارها حتى يأخذ كل ذي حق حقه ونأمن على العقد من الفسخ أو التشطير.

ففي هذه المرحلة يأخذ كل طرف من أطراف العقد ما ترتب على العقد من التزامات فإذا أديت الالتزامات، انتهت العلاقة العقدية بين أطراف العقد سواء أكان ذلك في عقود المعاوضات والتوثيقات التي هي محل دراستنا أم غيرها من العقود.

ففي عقد البيع - مثلاً - يجب الحق للمشتري في المبيع بأصل العقد فتنشغل ذمة البائع بهذا الحق فإذا هلك المبيع في هذه المرحلة كان على ضمان البائع؛لأن المشتري لم يتمكن من الانتفاع بالمبيع،فإذا استقر الحق بتسليم المبيع إلى المشتري وهلك يكون على ضمان المشتري، وبعد هذه المرحلة تكون مرحلة انقضاء الحق، فعند تسليم المبيع للمشتري والثمن للبائع تنتهي العلاقة العقدية بين المتعاقدين، فتنتقل ملكية المبيع من البائع للمشتري، وتزول سلطة البائع عن المبيع، فللمشتري الحق في التصرف في المبيع تصرفا تاما، وأن ينشئ عقدا جديدا ببيع أو إجارة أوغير ذلك.

وفي عقد الإجارة يجب الحق في الأجرة بمجرد العقد، وتستقر عند تمكين المستأجر من الانتفاع بالمؤجر،إلا أن يكون هناك شرط بتعجيل الأجرة،ففي مرحلة الوجوب لا يستطيع المؤجر أن يطالب بالأجرة، وفي مرحلة الاستقرار عند تمكين المستأجر من الانتفاع يلزم المستأجر بالدفع، فإذا هلك المؤجر قبل التسليم أو التمكين، كان على المؤجر،فإذا سلم المؤجر وهلك كان على المستأجر إذا كان بتقصير على ما سيأتي تفصيله – إن شاء الله تعالى – فإذا انتهت مدة الإجارة انتهى الحق والعلاقة بين المتعاقدين،فيعود المؤجر إلى ملك المستأجر.

المبحث الثاني

أركان الحق

المطلب الأول:صاحب الحق

للحق ركنان: صاحب الحق وهو المستحق، ومحل الحق: وهو ما يتعلق به الحق ويرد عليه وسأتناولهما على النحو الآتي:

صاحب الحق: من يثبت له الحق وهو الشارع الحكيم أو الإنسان إما بشخصه الطبيعي أو الاعتباري كالشركات(١).

إن الأفعال بالنسبة إلى حق الله تعالى وحق العبد تنقسم إلى ثلاثة أقسام:الأول:ما يتعلق بحقوق الله تعالى، الثاني ما يتعلق بحقوق الآدميين، الثالث:ما يكون مشتركا بينهما.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية:يقسم المعروف إلى ثلاثة أقسام: أحدهما: ما يتعلق بحقوق الله تعالى، والثاني: ما يتعلق بحقوق الآدميين، والثالث: ما يكون مشتركا بينهما. ومعنى حق الله أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه؛ لأن التكاليف على ثلاثة أقسام: قسم فيه حق الله تعالى فقط كالإيمان وتحريم الكفر، وقسم فيه حق العبد فقط كالديون والأثمان، وقسم اختلف فيه هل يغلب فيه حق الله أو حق العبد كحد القذف، والفرق بين ما كان حقا محضا للعبد وبين حق الله أن حق العبد المحض لو أسقطه لسقط، وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه فيوجد حق الله تعالى دون حق العبد، ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق الله تعالى، وإنما يعرف ذلك بصحة الإسقاط، فكل ما للعبد إسقاطه فهو الذي يقصد به حق العبد، وكل ما ليس له إسقاطه فهو الذي يقصد بأنه حق الله تعالى. وأن الناس كلهم خصوم في إثبات حقوق الله تعالى نيابة عنه تعالى لكونهم عبيده، أما حق العبد فلا ينتصب أحد خصما عن أحد لعدم ما يوجب انتصابه خصم(٢).

إن الحق لا يعتبر إلا إذا وافق مراد الله تعالى، والحقوق التي يتمتع بها العباد هي محض كرم إلهي وعطاء رباني،وما من حق معتبر شرعا إلا ولله فيه حق،وحق الله تعالى يتعلق به النفع العام ونسب لله لعظم أمره إذ إنه يتعلق بالصالح العام ويقصد به التقرب إلى الله تعالى وتوحيده كالإيمان بالله،ولا يملك أحد إسقاطه إلا الشارع الحكيم، ولا يملك العبد إسقاطه،فالعبادات مثلا حق

---

(١)الزحيلي، وهبة مصطفى،الفقه الإسلامي وأدلته،ج٤ص٢٨٤١،ط٤،الناشر:دار الفكر –سوريا- دمشق.
(٢)ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم،الحسبة،ج١ ص ٣٨،تحقيق:علي بن نايف الشحود،ط٢ ١٩جمادى الآخرة /١٤٢٨هـ -٤/ ٧ /٢٠٠٧

خالص لله تعالى يتم فيها التخفيف أحيانا كقصر الصلاة للمسافر، والإسقاط أحيانا كالصوم عن المريض مرضا مزمنا لا يرجى شفاؤه،والعبد لا دور له في التخفيف أوالإسقاط، والمسلم مكلف بتحقيق مراد الله في أرضه وتطبيق حكمه فلا يجوز للمسلمين بحال السكوت عن عدم إقامة صلاة الجماعة ورفع الأذان؛ لأنها حقوق الله تعالى،بل إن أبا بكرالصديق – رضي الله عنه- قاتل من فرق بين الصلاة والزكاة؛لأنها حقوق الله تعالى.

أما ما يتعلق بحق العبد، فيكون بما يتعلق بمصالحه الخاصة، ونذكرمثالاعلى حق العبد الخالص ما يتعلق بقضية الأموال، إذ إن المال حق خالص للعبد لا يجوز التعدي عليه ولا يملك أحد إسقاطه إلا صاحبه،مع وجود حق لله في المال كالزكاة وغيرها من النفقات الواجبة،والضرورات الخمسة من الأمثلة الواضحة على حق العبد الخالص، فحد السرقة ما كان إلا للحفاظ على أموال الناس، والعبد إذا أراد أن يسقط حقه المالي ويبرئ ذمة الآخرين فله ذلك وفق الضوابط الشرعية.

أما الحق المشترك فيجتمع فيه الحقان حق الله تعالى وحق العبد فما غلب فيه حق الله تعالى يلحق حكمه بحق الله تعالى،وما غلب فيه حق العبد يلحق حكمه بحق العبد،ومن الأمثلة على الأول – ما يغلب فيه حق الله تعالى – حد القذف فيتجاذبه حقان الأول حق الله تعالى وهو الحفاظ على أعراض الناس وعدم التطاول عليها إذ أوجب من الشهود فيها ما لم يوجبه في القتل حفاظا على أعراض الناس.

ومن الأمثلة على الثاني – ما يغلب فيه حق العبد- القصاص في القتل العمد فحق الله تعالى هو تطبيق القصاص في حالة عدم العفو "يا أيها الذين ءامنوا كتب عليكم القصاص في القتلى "البقرة ١٧٨ "وحق العبد أن يشفي أولياء المقتول غيظهم بقتل القاتل وحق المجتمع بحفظ أرواح الناس، وهنا يغلب حق العبد فله العفو والإسقاط، مع ندب الشارع الحكيم للعفو والصفح.

يقول الإمام القرافي المالكي:" فحق الله تعالى أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه"(١).

---

(١)القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، شرح تنقيح الفصول، ج١ص٩٥، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط١٣٩٣،١ هـ - ١٩٧٣ م، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة.

المطلب الثاني: محل الحق

محل الحق:ما يتعلق به الحق ويرد عليه.

جاء في الموسوعة الفقهية: محل الحق أي الشيء المستحق، كالفرائض الخمس في حق الله تعالى. والمال حقيقة، كالقدر المقبوض من المهر، وهو معجل الصداق أو حكما، كالقدر المؤخر من المهر لأقرب الأجلين، وكذا سائر الديون. والانتفاع، كحل الاستمتاع بعقد الزواج. والعمل، مثل: ما تقوم به الزوجة من أعمال، وتمكين الزوج من نفسها. والامتناع عن عمل، مثل: عدم فعل الزوجة ما يغضب الله أو يغضب الزوج(١).

ينقسم الحق باعتبار محله المتعلق به إلى حق مالي وغير مالي، وإلى حق شخصي وحق عيني.

أولا: الحقوق المالية وغير المالية: الحقوق المالية: هي التي تتعلق بالأموال ومنافعها أي التي يكون محلها المال أو المنفعة، كحق البائع في الثمن، والمشتري في المبيع، وحق الشفعة، وحقوق الارتفاق، وحق الخيار، وحق المستأجر في السكنى، ونحوها.والحقوق غير المالية: هي التي تتعلق بغير المال مثل حق القصاص، وحق الحرية بجميع أنواعها، وحق المرأة في الطلاق أو التفريق لعدم الإنفاق، أو بسبب العيوب التناسلية أو للضرر وسوء العشرة أو للغيبة أو الحبس، وحق الحضانة، وحق الولاية على النفس، ونحو ذلك من الحقوق السياسية والطبيعية(٢).

ثانيا: الحق الشخصي والحق العيني: الحق الشخصي: هو ما يقره الشرع لشخص على آخر. ومحله إما أن يكون قياما بعمل كحق البائع في تسلم الثمن وحق المشتري في تسلم المبيع، وحق الإنسان في الدين وبدل المتلفات والمغصوبات، وحق الزوجة أو القريب في النفقة. وإما أن يكون امتناعاً عن عمل كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة.وللحق الشخصي عناصر ثلاثة: هي صاحب الحق، ومحل الحق، والمكلف أو المدين، إلا أن العلاقة بين طرفي هذا الحق هي المتميزة أو البارزة، دون المحل وهو المال.والحق العيني: هو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات. فالعلاقة القائمة بين صاحب الحق وشيء مادي معين بذاته، والتي بموجبها يمارس المستحق سلطة مباشرة على الشيء هي الحق العيني. مثل حق الملكية الذي به يستطيع المالك ممارسة أكمل السلطات على ما يملكه: وهي التصرف بالشيء واستثماره واستعماله. وحق الارتفاق المقرر لعقار على عقار معين كحق المرور أو المسيل أو تحميل

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية،ج١٨ ص ١٢،مرجع سابق.
(٢) الزرقا، مصطفى أحمد،المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي،ص٢٥،ط١ ١٩٩٩م- ١٤٢٠هـ، دار القلم - دمشق.

الجذوع على الجدار المجاور. وحق احتباس العين المرهونة لاستيفاء الدين. وللحق العيني عنصران فقط هما: صاحب الحق، ومحل الحق[١].

يتبين مما سبق أن الحقوق تقسم إلى قسمين: الأول: مالي يتعلق بالأموال ومنافعها فالبائع له الحق في الثمن والمشتري له الحق في تسلم المبيع والانتفاع به،والمؤجر له الحق في الأجرة والمستأجر له الحق في المنفعة.الثاني:غير المالي ومتعلقه غير الأموال كحق القصاص،والحقوق العامة كالسياسية من ترشح وانتخاب وغيرها وحق الولي في تأديب ولده وتعليمه.والحق الشخصي والعيني هما فرع الحق المالي،إذ إن الحق الشخصي إقرار الشرع بشيء لأحد الطرفين على الآخر، سواء كان بالفعل كتسلم البائع للثمن أو الترك كعدم استعمال الوديعة. والحق العيني: إقرار الشرع للحق على شيء بذاته،كحق البائع في التصرف في ملكه تصرفا تاما، وكحقه في الانتفاع بالمرهون في حالة عدم السداد.

يقول مصطفى الزرقا:"فليس في الحق العيني سوى عنصرين بارزين هما صاحبه ومحله، وذلك بخلاف الحق الشخصي فإن فيه رابطة شرعية حقوقية بين شخصين – ففيه ما خلا العنصرين سالفي الذكر في الحق العيني –عنصر ثالث هو المكلف أو المدين[٢].

وأما يتعلق بالحقوق المجردة فلا يستعاض عنها كحق الشفعة مثلا،والحقوق غير المجردة فيجوز فيها العوض كحق القصاص فيجوز الصلح مع العوض.

وأكثر ما يهمنا في بحثنا ما يتعلق بالحق المالي بفرعيه الشخصي والعيني،ولكل منهما آثار مترتبة تتضح أثناء الدراسة.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته،ج٤ص٢٨٤٩، مرجع سابق.
(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي،ص٢٨،مرجع سابق.

المبحث الثالث

مصادر الحق وأنواعه

المطلب الأول: مصادر الحق

إن استقرار الحق يشمل الكثير من المسائل الفقهية،ومنها ما يتعلق بالعقود التي تعتبر مصدرا من مصادر الحق؛ لإقرار الشارع لها ولما يترتب عليها من حقوق للآخرين.

إن مصدرجميع الحقوق الشارع الحكيم،وهناك من الحقوق ما ينشأ ابتداء ولا يتوقف على سبب آخر كوجوب الحج والصوم والنهي عن الفواحش وقول الزور وإباحة الطعام والشراب والمراد من مصادر الحق هنا: ما يترتب من حقوق على الأفعال التي يمارسها الناس و تنحصر مصادر الحق في خمسةمصادر:العقد،والإرادة المنفردة،والفعل الضار،والفعل النافع (أو الإثراء بلا سبب)،والشرع، وتطبيقها على ترتيب الوقائع المتقدمة ظاهر:فالعقد والإرادة المنفردة يدخلان في التصرفات الشرعية، والفعل الضار والفعل النافع يدخلان في الأفعال المادية،وكل من الأعمال المادية والتصرفات الشرعية هي وقائع اختيارية، وتقابلها الوقائع الطبيعية التي تنسب مصدرية الالتزام إلى الشرع[١].

فالعقد كالبيع والهبة والإجارة، والإرادة المنفردة كالوعد بشيء والنذر، والشرع كالالتزام بالنفقة على الأقارب والزوجة، والتزام الولي والوصي، وإيجاب الضرائب، والفعل الضار بالغير كالتزام المتعدي بضمان الشيء الذي أتلفه أو غصبه، والفعل النافع أو الإثراء بلا سبب كأداء دين يظنه الشخص على نفسه، ثم يتبين أنه كان بريئاً منه، أو أداء دين الغير بأمره، أو شراء شيء ثم يتبين أنه ملك الغير، فيجوز لصاحب الحق الرجوع على الآخر بالدين، لعدم استحقاق الآخر له، ويمكن إدخال جميع هذه المصادر في الواقعة الشرعية. والواقعة الشرعية إما أن تكون طبيعية كالجوار والقرابة والمرض ونحوها، أو اختيارية. والواقعة الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية ممنوعة وهي الفعل الضار، أو أعمالاً مشروعة من جانب واحد وهي الفعل النافع، وإما أن تكون تصرفات شرعية،والتصرفات الشرعية: إما وحيدة الطرف وهي الإرادة المنفردة، أو متعددة وهي العقد[٢].

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي،ص١٠٣-١٠٤، مرجع سابق.
(٢) الزحيلي،وهبة مصطفى،الفقه الإسلامي وأدلته،ج٤ص٢٨٥٥،ط٤،الناشر:دار الفكر –سوريا- دمشق.

قال السنهوري: إنه يمكن رد مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي (سواء بالنسبة للالتزامات أم بالنسبة للحقوق العينية) إلى مصدرين اثنين، كما في الفقه الغربي أو القوانين الوضعية وهما: التصرف القانوني، والواقعة القانونية.

"وقد حصرت مصادر كل طائفة من هذه الحقوق في كتب الفقه الإسلامي، وبخاصة في كتب الفقهاء المحدثين فننقل عنهم:

أولا:أسباب الملك،وهذه هي مصادر حق الملك التام وحق المنفعة وحق الرقبة.

ثانيا:أسباب الحقوق المجردة،وهذه هي مصادر حقوق الارتفاق.

ثالثا:أسباب الرهن والحبس،وهذه هي مصادر الحقين.

ونؤصل بعد ذلك هذه المصادر هي ومصادرالحق الشخصي جميعا،فنردها إلى مصدرين التصرف القانوني والواقعة القانونية[1]".

والتصرف الشرعي أو القانوني يشمل العقد والإرادة المنفردة. والواقعة الشرعية أو القانونية تشمل الفعل الضار والفعل النافع.

---

(١)السنهوري،عبد الرزاق السنهوري،مصادر الحق في الفقه الإسلامي،ج١ص ١٩٥٣-١٩٦٣ ١٩٥٤م،دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان.

المطلب الثاني: أنواع الحقوق

إن الحقوق تنقسم بحسب صاحب الحق إلى ما يتعلق بحق الله والعبد وما كان مشتركا بينهما وأحيانا يغلب حق الله وأخرى حق العبد،والحقوق بالنسبة لمحل الحق إلى حق مالي وغير مالي والمالي إلى حق شخصي وعيني،نضيف ما يتعلق بالحق المجرد وغير المجرد وذكرعلي الخفيف قوله عن الحق المجرد:" بأنه ما كان غير متعلق في محله،ومعنى ذلك أنه لا يترتب على تعلقه بمحله أثر قائم يزول بالتنازل عنه ومرجعه إلى رغبة مالكه ومشيئته إن رأى الخير في الانتفاع به انتفع وإلا ترك دون أن يترتب على تركه أو التنازل عنه تغير في حكم محله "(١).

ومن الأمثلة على ذلك:ما يتعلق بحق الشفعة في ذلك،فالشفيع لا يحد من تصرف المشتري في عقاره قبل التنازل عن الشفعة أو بعدها.

والحق غير المجرد:ما له تعلق بمحله تعلق استقرار وذلك بأن يكون لتعلقه أثر أو حكم قائم في محله بالتنازل عنه(٢).

ومن الأمثلة على ذلك القصاص فقبل العفو يتعلق الحق بدم القاتل فلا عصمة له، وبعد العفو يصبح معصوم الدم بالنسبة لأولياء المقتول.

والذي ينبغي الإشارة إليه أن الحقوق تكون بناء على الأدلة،فربما لايثبت الحق قضاء لكن يثبت ديانة، فالبيع - مثلا – إذا كان خارج دائرة الأراضي لا يعتبر قضاء في أيامنا ولكن يعتبر شرعا إذا توافرت شروطه،فعدم توثيق العقد في دائرة الأراضي لا يبطل الحق ديانة، وإن كان القضاء لا يعتبره،والطلاق يصدر الحكم القضائي بناء على الأدلة الظاهرة، فإن كذب الزوج أثناء الاستفتاء كادعائه الغضب والأمر ليس كذلك فالطلاق لا يقع قضاء لكن يقع ديانة وهذا ملحظ مهم ينبغي التنبه إليه. وقد ذكر الفقهاء أنواعا للحق،فذكروا الحقوق العامة، والحقوق الخاصة وما يتعلق بهما من حقوق شخصية وسياسية واقتصادية وحقوق الأسرة،والذي يعنينا ما يتعلق بالحقوق المالية وما يتعلق بهما من حقوق شخصية وعينية ، يضاف إلى ذلك ما استجد من حقوق معنوية كحق التأليف والعلامات التجارية وغيرها من الحقوق التي استجدت،ولها أحكامها وتفصيلاتها التي ذكرها العلماء مما يدل على سعة الشريعة الإسلامية ومرونتها واستيعابها لكل جديد،ونجد أن الحق وأنواعه وما يتعلق به من تقسيمات،ظهرت بوضوح عند الفقهاء المعاصرين أكثر مما ظهر عند غيرهم، فتقسيم الحقوق إلى شخصي وعيني لم يذكر في كتب الفقهاء القدامى بل كان غالب ما يتحدثون به، ما يتعلق بحق الله والعباد،وكان يتكلمون عن الأموال وأنها دين وعين،وأن محل تعلق الحقوق الذمة والعين.

---

(١)الخفيف،علي الخفيف،الملكية في الشريعة الإسلامية،ص١٢-١٣، ١٩٩٠م،دار النهضة العربية.
(٢)المرجع السابق نفسه.

المبحث الرابع

عقود المعاوضات والتوثيقات

المطلب الأول:عقود المعاوضات تعريفها وتقسيمها

إن استقرار الحق يشمل كثيرا من الأبواب الفقهية،ومنها عقود المعاوضات والتوثيقات وتعتبر من أهم العقود؛لتعلقها بالمال فالمعاوضات – غالبا – يراد بها المالية وعقودالتوثيقات (التأمينات) ضامنة لعقود المعاوضات،فلا بد من بيان معنى عقود المعاوضات والتوثيقات.

الفرع الأول: المعاوضة لغة:

العوض معروف، يقال: عضته عياضا وعوضا، والاسم: العوض، والمستعمل التعويض عوضته من هبته خيرا. واستعاضني: سألني العوض. عاوضت فلانا بعوض في البيع والأخذ فاعتضته مما أعطيته. عياض: اسم رجل. وتقول: هذا عياض لك[١].

المعاوضات اصطلاحا: المساواة بين البدلين[٢].

عقد محتو على عوض بين الجانبين[٣] عقد المعاوضة:عقد يعطي كل طرف فيه نفس المقدار من المنفعة التي يعطيها الطرف الآخر[٤].

والمعاوضات وجود مبادلة بين عوضين،فهناك طرف يحتاج إلى تملك شيء فيدفع ما يقابله ويساويه لحاجته إليه،ونجد تقاربا كبيرا بين المعنى اللغوي والاصطلاحي لمفهوم المعاوضة.

والعلاقة التي تنشأ بين المتعاقدين لها حقوق والتزامات على الطرفين،فتبادل السلع في البيع والشراء يوجب على المشتري دفع الثمن وعلى البائع تسليم السلعة.

وحقيقة عقد المعاوضة أن يملك كل طرف من الآخر ما يحتاج إليه فالمؤجر يملك المنفعة والمستأجر يملك المال.

---

(١) الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم،كتاب العين، ج٢ ص١٩٣، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي،الناشر:دار ومكتبة الهلال.
انظر: ابن منظور، محمد بن مكرم بن على،لسان العرب، ج٧ ص١٩٢،ط٣ ١٤١٤هـ،الناشر دار صادر بيروت.
(٢) الكاساني،علاء الدين أبو بكر بن أحمد،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٢ ص١٨٣،ط٢ ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م،الناشر:دار الكتب العلمية.
انظر:ابن عابدين، محمد أمين بن عمر،رد المحتار على الدر المختار،ج٤ ص ٥٧٦، ط٢ ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، الناشر: دار الفكر – بيروت.
(٣) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج٣ ص٢، الناشر: دار الفكر.
(٤) قلعجي وقنيبي،محمد رواس وحامد صدقي،معجم لغة الفقهاء ج١ ص٤٣٨،ط٢ ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م،الناشر: دار النفائس.

الفرع الثاني:أقسام عقود المعاوضة

إن الفقهاء إذا ذكروا عقود المعاوضات أرادوا المعاوضات المالية المحضة –غالبا- وإطلاق المعاوضات على بعض العقود يكون تجوزا،كعقد النكاح- مثلا- إذ إن الفقهاء عندما يتكلمون عن المعاوضات، يتكلمون عن مبادلة مال بمال كالبيع،أو مبادلة مال بمنفعة كالإجارة،ومبادلة مال بما ليس بمال ولامنفعة كالنكاح، وأهم عقود المعاوضات المالية البيع والإجارة والصرف والسلم والاستصناع.

قال صاحب كشف الأسرار:"المعاوضات المحضة وهي التي تخلو عن معنى الإسقاط كالبيع فإنه معاوضة مال بمال. والإجارة فإنها معاوضة مال بمنفعة. والنكاح فإنه معاوضة مال بما ليس بمال"(١).

فيتبين مما سبق أن عقود المعاوضات تنقسم إلى قسمين رئيسين:

أولا:معاوضات مالية محضة:والمقصود بها المال من طرفي العقد،كعقد البيع والإجارة وذكرنا الإجارة لأن المنفعة مال.

ثانيا:معاوضات غير محضة: والمقصود بها المال من جانب واحد كالنكاح.

---

(١) البخاري الحنفي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد،كشف الأسرار شرح أصول البزدوي،ج٢ ص ١٧٣، دار الكتاب الإسلامي.

المطلب الثاني:عقود التوثيقات تعريفها وأقسامها

الفرع الأول:تعريف عقود التوثيقات

لتوثيق لغة: وثق: والوثيقة في الأمر: إحكامه والأخذ بالثقة، والجميع وثائق. والميثاق: من المواثقة والمعاهدة، ومنه الموثق، تقول: واثقته بالله لأفعلن كذا(١).

ونجد المعنى اللغوي يدور حول الإحكام والمعاهدة وعدم الضياع.

عقود التوثيقات اصطلاحا: عقود يطمئن بها الدائن على دينه ويضمها إلى ذمة المدين لضمان استيفاء حقه منه (٢).

وسماها العلماء عقود التأمينات؛ لأنها تعمل على إبعاد خطر الضياع عن الحق، وهذه العقود الغاية منها، حفظ حقوق العباد وأموالهم من الضياع.وهذه العقود ليست مقصودة لذاتها كالبيع والإجارة، وإنما وجدت لغيرها كي تضمن الحقوق ولا تضيع.

الفرع الثاني: أنواع التوثيق

يقول عبد الوهاب المالكي:"ولأن الحق يتعلق بالذمة وتارة بالعين فوجب أن يكون التوثيق منه بمنزلة الأمرين "(٣).

يتبين من النص السابق أن التوثيق نوعان:

الأول: توثيق عيني ومثاله الرهن.

الثاني: توثيق شخصي ومثاله الكفالة والحوالة وهو متعلق بالذمة.

أقسام العقود من حيث اللزوم وعدمه.

ولا بد من التنبيه إلى أن العقود من حيث اللزوم وعدم اللزوم تقسم إلى أقسام من أفضلها ما ذكره الإمام السيوطي – رحمه الله تعالى – بقوله:" تقسيم ثان العقود الواقعة بين اثنين، على أقسام: الأول: لازم من الطرفين قطعا كالبيع، والصرف، والسلم، والتولية، والتشريك وصلح المعاوضة، والحوالة، والإجارة، والمساقاة، والهبة للأجنبي بعد القبض، والصداق وعوض الخلع،الثاني: جائز من الطرفين قطعا كالشركة والوكالة، والقراض، والوصية، والعارية الوديعة

---

(١) الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم،كتاب العين، ج٥ ص٢٠٢، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي،الناشر:دار ومكتبة الهلال- الكويت.

(٢) مدكور،محمد سلام،المدخل للفقه الإسلامي،ص٦٠٠،ط٢ ١٩٩٦،الناشر:دار الكتاب الحديث القاهرة

(٣) الثعلبي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي،المعونة على مذهب عالم المدينة،ج١ ص ١١٥١تحقيق:حميش عبد الحق، الناشر: المكتبة التجارية – مكة المكرمة.

والقرض، والجعالة قبل الفراغ، والقضاء، والوصايا، وسائر الولايات غير الإمامة،الثالث: ما فيه خلاف: والأصح أنه لازم منهما وهو: المسابقة، والمناضلة، بناء على أنها كالإجارة، ومقابله يقول: إنها كالجعالة، والنكاح لازم من المرأة قطعا ومن الزوج على الأصح كالبيع، وقيل: جائز منه لقدرته على الطلاق،الرابع: ما هو جائز ويؤول إلى اللزوم وهو الهبة، والرهن قبل القبض، والوصية قبل الموت. الخامس: ما هو لازم من الموجب، جائز من القابل: كالرهن، والكتابة، والضمان والكفالة، وعقد الأمان، والإمامة العظمى. السادس: عكسه، كالهبة للأولاد"(١).

وقال ابن الزركشي – رحمه الله تعالى – عن العقد اللازم والجائز:" ويطلق الجائز في مقابلة اللازم فاللازم ما " لا " يقبل الفسخ أو ما " لا " يمكن الغير إبطاله، والجائز عكسه، والفسخ حل ارتباط المعقود"(٢).

فيتبين لدينا أن العقد اللازم ما لا يقبل الفسخ ولا يملك أحد الطرفين إبطاله فلا بد من التراضي بينهما،والعقد غير اللازم يصح فسخه من أحد الطرفين بإرادة منفردة دون الرجوع إلى الآخر.

---

(١) السيوطي،عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر،ص٢٧٦-٢٧٧،ط١ ١٤١١هـ- ١٩٩م، الناشر: دار الكتب العلمية.

(٢) الزركشي، بدر الدين محمد بن عبدالله، المنثور في القواعد الفقهية،ج٢ ص ٣٠٤،ط٢ ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م، الناشر:وزارة الأوقاف الكويتية.

الفصل الثاني

استقرار الحق وأثره في عقود المعاوضات

المبحث الأول

استقرار الحق وأثره في عقد البيع

المطلب الأول: تعريف عقد البيع وأركانه وشروطه

الفرع الأول: تعريف البيع لغة واصطلاحا

البيع لغة: بيع: العرب تقول: بعت الشيء بمعنى اشتريته. ولا تبع بمعنى لا تشتر. وبعته فابتاع أي اشترى. والبياعات: الأشياء التي يتبايع بها للتجارة. والابتياع: الاشتراء. والبيعة: الصفقة على إيجاب البيع وعلى المبايعة والطاعة، وقد تبايعوا على كذا. والبيع اسم يقع على المبيع، والجميع البيوع. والبيعان: البائع والمشتري(١).

فالبيع في اللغة: مطلق المبادلة، وكذلك الشراء، سواء كانت في مال أو غيره. قال الله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم﴾"التوبة: ١١١" وقال تعالى ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشْتَرَوُاْ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ وَٱلْعَذَابَ بِٱلْمَغْفِرَةِ﴾"البقرة: ١٧٥" (٢).

وهو لغة: مصدر باع الشيء أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه بعوض؛ فهو من أسماء الأضداد يطلق على البيع والشراء كالقرء للطهر والحيض(٣).

يتبين من المعنى اللغوي،أن البيع يطلق على المبادلة سواء كانت مبادلة مال بمال أو مال بغيره وأن الشراء ضد البيع،فشرى بمعنى باع وباع بمعنى اشترى،وقد يطلق البيع ويراد به الشراء ويطلق الشراء ويراد به البيع لشدة التلازم بين المصطلحين،والبيع والشراء في أصل اللغة يفهم منهما التراضي،فلا يتصور خروج شيء من الملك إلا برضا صاحبه فالبائع يخرج السلعة برضاه والمشتري يبذل المال برضاه،ويطلق البيع ويراد به المبيع.

---

(١)الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم،كتاب العين، ج٢ ص٢٦٥، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي،الناشر:دار ومكتبة الهلال.

(٢) المرجع السابق نفسه .

(٣)الصاوي المالكي،: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي،بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير،ج٣ ص١٢،الناشر:دار المعارف.

تعريف البيع اصطلاحا

تعددت تعريفات أئمة المذاهب للبيع، أذكر منها خمس تعريفات ذاكرا مذهب الحنفية ثم المالكية ثم الشافعية ثم الحنابلة،وسنجد أن تلك التعريفات تميز البيع عن غيره فهي جامعة مانعة.

البيع اصطلاحا: مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكا وتملكا، فإن وجد تمليك المال بالمنافع فهو إجارة أو نكاح، وإن وجد مجانا فهو هبة[١].

عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة فتخرج الإجارة والكراء والنكاح، وتدخل هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم[٢].

مقابلة المال بمال أو نحوه تمليكا[٣].

البيع معاوضة المال بالمال لغرض التملك[٤].

(مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب) أي التجارة خرج به مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع أو الهبة بشرط العوض فإنه ليس ببيع ابتداء، وإن كان في حكمه بقاء[٥].

وهذه التعاريف يتميز به البيع عن الهبة لأن الهبة هي تمليك بلا عوض حال الحياة بينما البيع هو تمليك بعوض.

ويتميز البيع عن الإجارة لأن فيها تمليك للمنفعة وليس لذات الشيء كما في البيع ففيه تمليك العين والمنفعة، والإجارة محددة بالمدة أو بالعمل خلافا للبيع.

والبيع والشراء من أسماء الأضداد،فكل طرف يعتبر بائعا من وجه ومشتريا من وجه آخر، وعملية البيع فيها خروج المبيع من ملك ودخولها في ملك لطرف آخر.

---

(١) الموصلي الحنفي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار،ج٣ ص٢،تعليق الشيخ محمود أبو دقيقة،١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)

(٢) عليش، محمد بن أحمد بن محمد، منح الجليل شرح مختصر خليل،ج٤ ص٤٣٣، ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م، الناشر: دار الفكر – بيروت.

(٣) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، ج٩ ص ١٤٩،الناشر:دار الفكر.

(٤) المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، العدة شرح العمدة، ج١ ص ١٤٢٤،٢٣٩هـ ٢٠٠٣ م، الناشر: دار الحديث – القاهرة.

(٥) المولى، محمد بن فرامرز بن علي، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج٢ ص ١٤٢، الناشر: دار إحياء الكتب العربية.

الفرع الثاني: أركان عقد البيع

قال الإمام الموصلي الحنفي عن أركان البيع:"وركنه الإيجاب والقبول لأنهما يدلان على الرضا الذي تعلق به الحكم، وكذا ما كان في معناهما"(١).

قال الإمام خليل المالكي:"ينعقد البيع بما يدل على الرضا" قال الخرشي:"اعلم أن للبيع أركانا ثلاثة الصيغة والعاقد وهو البائع والمشتري والمعقود عليه وهو الثمن والمثمن وهي في الحقيقة خمسة"(٢).

قال الإمام الرملي الشافعي:"وقد رتبها على هذا الترتيب مبتدئا منها بالكلام على الأركان وهي عاقد ومعقود عليه وصيغة(٣).

قال الإمام الزركشي الحنبلي:" واعلم أن ماهية البيع مركبة من ثلاثة أشياء، عاقد، ومعقود عليه، ومعقود به"(٤).

يتبين من التعريفات السابقة أن الحنفية (٥) يعتبرون أن عقد البيع له ركن واحد وهو الصيغة الصيغة أي الإيجاب والقبول، ويعتبرون أن العاقدين والمحل مما تستلزمه الصيغة، وجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة (٦) يعتبرون أركان عقد البيع الصيغة والعاقدان أي البائع والمشتري والمعقود عليه أي الثمن والمبيع، والذي يظهر أن الخلاف بين الحنفية والجمهور خلاف لفظي، فالحنفية يعتبرون غير الصيغة من عاقدين ومعقود عليه يتوقف البيع على وجودهما، وليسا جزءا من حقيقة العقد، والجمهور يعتبرون الصيغة والعاقدين والمعقود عليه أركانا إذ لا يتصور وجود العقد دونهما حتى ولو لم يكونا من حقيقة العقد.

الفرع الثالث: شروط البيع

إن هناك شرائط عامة للبيع يجب توفرها في جميع أنواع البيوع، حتى تعتبر صحيحة شرعا وترجع إلى ست شرائط إذا خلا عقد البيع منها كان صحيحا وهي: الجهالة والإكراه والتوقيت والغرر والضرر والشرط المفسد ونذكر ما يهمنا في محل البحث:

(١) الموصلي الحنفي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار،ج٢ ص٤،تعليق الشيخ محمود أبو دقيقة،١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها).
(٢) الخرشي،محمد بن عبدالله،شرح مختصر خليل للخرشي،ج٥ ص٥،الناشر:دار الفكر للطباعة – بيروت.
(٣) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،ج٣ ص ٣٧٤، الطبعة الأخيرة١٤٠٤هـ -١٩٨٤م،الناشر:دار الفكر – بيروت.
(٤) الزركشي،شمس الدين محمد بن عبدالله،ج٣ ص٣٨٢،ط١ ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م،الناشر:دار العبيكان.
(٥) المراجع السابقة.
(٦) المراجع السابقة.

أما الجهالة فالمراد بها الفاحشة أو التي تفضي إلى نزاع مشكل أي يتعذر حله،وهوالنزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد إلى الجهالة وهذه الجهالة ترجع إلى جهالة المبيع أو جهالة الثمن أو جهالة الآجال أو جهالة في وسائل التوثيق(١).

وأما الإكراه سواء كان ملجئا أو غير ملجئ فهو يؤثر في التصرفات القولية كالبيع،وذهب زفر بن الهذيل إلى أن العقد موقوف لا فاسد(٢).

وأما التوقيت فهو مفسد للبيع لأن ملكية العين لا تقبل التوقيت.

وأما الغرر فالمراد به غرر الوصف،كما لو باع بقرة على شرط أنها تحلب كذا رطلا لأنه موهوم التحقق فقد ينقص،بخلاف ما لو باعها على أنها حلوب دون تحديد مقدار،فإنه شرط صحيح،بخلاف غرر الوجود فإنه مبطل.

وأما الضرر فالمراد به ما إذا كان تسليم المبيع لا يمكن إلا بإدخال ضرر على البائع فيما سوى المبيع من ماله.

وأما الشرط المفسد فالمراد به كل شرط فيه نفع لأحد المتابيعين إذا لم يكن الشرط قد ورد به الشرع،أو جرى به العرف،أو يقتضيه العقد أو يلائمه(٣).

وهناك شرائط خاصة لبعض أنواع البيع دون بعض وهي:

أولا:إذا كان المبيع من المنقولات وأراد المشتري أن يبيعه فيشترط أن يكون قد قبض من البائع الأول،أما إن كان عقارا فيجوز أن يبيعه قبل قبضه؛لأن المنقول يكثر هلاكه، فيكون في تصرف المشتري به قبل قبضه غرر ويجعل سائر التصرفات اللاحقة فيه عرضة للانتقاض واستحالة التنفيذ إذا هلك في يد بائعه الأول،بخلاف العقار فإن هلاكه نادر، فلا مانع من صحة تصرف مشتريه فيه قبل قبضه من بائعه.

ثانيا:إذا كان البيع مرابحة أو تولية أو وضيعة أو إشراكا تشترط معلومية الثمن الأصلي.

ثالثا:إذا كان البيع صرفا يشترط التقابض في البدلين قبل الافتراق،أي في مجلس العقد نفسه.

رابعا:إذا كان البيع سلما،يشترط فيه شروط خاصة.

خامسا:إذا كان المال ربويا،يشترط خلو العقد من الربا وشبهته.

---

(١) ابن مازة الحنفي،برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز،المحيط البرهاني في الفقه النعماني،ج٦ ص ٣٦٣،تحقيق:عبد الكريم الجندي،الناشر:دار الكتب العلمية،بيروت - لبنان.
(٢) تبيين الحقائق ج٥ ص ١٨٢،مرجع سابق.
(٣) الزرقا، مصطفى أحمد،عقد البيع،ص٢١- ٤٥،ط٢ ١٤٣٣هـ- ٢٠١٢م،الناشر:دار القلم – دمشق.

سادسا:الديون التي في الذمم لا يصح بيعها من غير من هي عليه،إلا بعد قبضها،فلا يصح لرب السلم – المشتري في السلم – أن يبيع المال المسلم فيه قبل قبضه من البائع ولا للدائن أن يشتري بدينه شيئا من غير المدين قبل قبضه.

أما ما يتعلق بشرائط اللزوم فخلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخه.

وأما ما يتعلق بشروط النفاذ أن يكون البائع ذو ولاية شخصية في إجراء العقد.

وأما ما يتعلق بشرائط الانعقاد فمنها ما يتعلق بالصيغة ومن جملتها أن يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي أو المضارع المراد به الحال إذا عقد بطريق اللفظ لا المعاطاة.

ومنها ما يتعلق بالعاقد في البيع كالأهلية وأن يكون العقدان طرفين متقابلين.

ومنها ما يتعلق بشرائط المعقود عليه كأن يكون المبيع موجودا،وأن يكون المال متقوما،وأن يكون مملوكا في ذاته ولو لغير البائع،وأن يكون مقدور التسليم.

ومنها ما يتعلق بالثمن أي:أن يكون مالا بالمعنى الشرعي.

ومنها ما يتعلق بالولاية الشرعية،أن يكون صادرا في وقت يوجد فيه من له حق مباشرته أو إجازته،وأن لا يكون ممنوعا بنص خاص[١].

---

(١) الزرقا، مصطفى أحمد، عقد البيع، ص٢١- ٤٥،ط٢ ١٤٣٣هـ- ٢٠١٢م، الناشر: دار القلم – دمشق

المطلب الثاني:استقرار الحق وأثره في المبيع

الفرع الأول:وجوب الحق في المبيع

مر معنا أن وجوب الحق هو وجود السبب الذي ينشئه فتنشغل به الذمة، والسبب هنا هو العقد،فيجب الحق في المبيع بمجرد العقد فتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويجب على البائع تسليم المبيع للمشتري وقبل التسليم تكون ذمة البائع مشغولة بتسليم المبيع ولاتبرأ حتى يسلمه للمشتري، ووجوب الحق في المبيع لا نحتاج لذكره في العقد أصلا لأنه من مقتضيات العقد ولازمه، فبمجرد انعقاد العقد يثبت الحق للمشتري في المبيع يقول الإمام المرغيناني:" (ثم جملة المذهب فيه أن يقال: كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط) يقول الإمام العيني: أي الجملة الكلية والأصل الشامل بفروع أصحابنا، يجب بالعقد من غير شرط وشرط تسليم الثمن أو المبيع أو شرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن؛ لأن كل هذه تثبت بمطلق العقد أي لثبوت مطلق العقد بدون هذا الشرط، وذكره لا يفيد إلا تأكيدا"(١).

يقول أحمد الدردير:"اعلم أن الشرط الذي يحصل عند البيع إما أن لا يقتضيه العقد وينافي المقصود منه أو يخل بالثمن أو يقتضيه العقد أو لا يقتضيه ولا ينافيه فالمضر الأولان دون الأخيرين، وقد ذكر المصنف مثال الأولين، وأما الثالث كشرط تسليم المبيع للمشتري والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض البيع فهذه الأمور لازمة دون شرط لاقتضاء العقد لها فشرطها تأكيد والرابع كشرط الأجل والخيار والرهن فهذه أمور لا تنافي العقد ولا يقتضيها بل إن اشترطت عمل بها وإلا فلا"(٢) يتضح من النصوص السابقة،أن تسليم المبيع للمشتري يجب بالعقد لأنه من لوازمه ولا نحتاج لذكره في العقد كشرط من الشروط؛لأنه من مقتضيات العقد وإن ذكر في العقد فهو من باب التأكيد فذكره وعدمه سواء، خلافا للشروط التي تعتبر من مصلحة العقد كالخيار والرهن فلا بد من ذكرها؛لأنها ليست من مقتضيات العقد ولوازمه.

الفرع الثاني:استقرار الحق في المبيع

يستقر الحق في المبيع عند تسلمه خاليا من الشواغل والخيارات والعيوب،وضابط التسلم كما ذكر الزرقا – رحمه الله تعالى -:"أن يصبح المشتري متمكنا من المبيع بناء على تخلي البائع له وإذنه له باستلامه "(٣)، وعند تسلم المبيع يستقر للمشتري استقرارا تاما يمكنه من التصرف فيه؛لأنه أصبح مالكا له ملكا تاما،يقول الإمام ابن حجر الهيتمي الشافعي – رحمه الله تعالى –:

---

(١) العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين،البناية شرح الهداية،ج٨ ص ١٨٠- ١٨١، ط١٤٢٠١هـ-٢٠٠٠م، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان.

(٢) الدسوقي،محمد بن أحمد بن عرفة،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج٣ ص٦٥،الناشر:دار الفكر.

(٣) الزرقا،مصطفى أحمد،عقد البيع،ص ١١٥،ط٢ ١٤٣٣هـ- ٢٠١٢م،الناشر:دار القلم – دمشق.

"وملك المبيع للمشتري غير مستقر فعلى البائع تسليمه ليستقر"(١) ويقول الإمام المازري المالكي – رحمه الله تعالى -:" فإن المخالف يرى أن المبيع إذا لم يقبض، والعقد معرض للفسخ، وإذا كان معرضا للفسخ، لم يستقر انبرامه ولزومه استقرارا؛ ولهذا التفت الشرع في الصرف إلى إبطاله بالافتراق قبل التناجز لما كان مجرد العقد لا يتم به الملك تماما كاملا"(٢) يقول الإمام ابن قدامة الحنبلي – رحمه الله تعالى-:" ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه"(٣) يقول الإمام البابرتي الحنفي – رحمه الله تعالى:" ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم. وحكمه إفادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا"(٤) إن غاية المشتري من العقد،تسلم المبيع والقدرة على التصرف فيه تصرفا تاما وذلك لا يتم له إلا بتسلم المبيع خاليا عن الشواغل،وعند التسلم يستقر حقه فيه استقرارا تاما،يمكنه من استعمال المبيع لثبوت ملكه له ثبوتا تاما،ويأمن على العقد من الانفساخ،إذ إن جوهر عقد البيع يقوم على قدرة المشتري على التصرف في المبيع تصرف المالك ملكا تاما،وذلك لا يتم إلا بتسلمه.

الفرع الثالث:الآثار المترتبة على استقرار الحق في المبيع

المسألة الأولى:هلاك المبيع

الحالة الأولى:هلاك المبيع في يد البائع

إذا هلك المبيع في يد البائع قبل تسليمه للمشتري ينفسخ البيع؛لفوات محل الحق وهو المبيع،ولفوات مقصد المشتري من العقد وهو تسلم المبيع كي يستقر حقه فيه للقدرة على التصرف فيه قال الإمام علاء الدين السمرقندي الحنفي – رحمه الله تعالى -:" إذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ البيع"(٥).

قال الإمام الكاساني الحنفي – رحمه الله تعالى:" لو هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد"(٦).

---

(١) ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي،تحفة المحتاج في شرح المنهاج،ج٤ ص ٤٢٠،١٣٥٧هـ-١٩٨٣م،الناشر:دار إحياء التراث العربي- بيروت.
(٢) المازري المالكي،محمد بن علي بن عمر،شرح التلقين،ج٢ ص ٧٨٦،تحقيق:محمد المختار السلامي،ط١ ٢٠٠٨م،الناشر: دار الغرب الإسلامي.
(٣) ابن قدامة الحنبلي، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد،المغني،ج٤ ص ١٤٩،الناشر:مكتبة القاهرة.
(٤) البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية،ج٦ ص٢٤٧،الناشر:دار الفكر.
(٥) السمرقندي،محمد بن أحمد،تحفة الفقهاء ج٢ ص٣٩، ط٢ ١٤١٤هـ ١٩٩٤م،الناشر:دار الكتب العلمية – بيروت.
(٦) الكاساني،علاء الدين أبو بكر بن أحمد،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٥ ص٢٤٩،ط٢ ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، الناشر: دار الكتب العلمية.

قال الإمام الشافعي – رحمه الله تعالى:" وإن هلكت في يد البائع قبل قبض المشتري لها وقبل التفرق أو بعده انفسخ البيع بينهما"[١].

الحالة الثانية: هلاك المبيع في يد المشتري

إذا تسلم المشتري المبيع فقد استقر حقه فيه،فإذا هلك كان من ماله ولا يعود على البائع بشيء، ونصت مجلة الأحكام العدلية في المادة مائتين وأربع وتسعين:" إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع"[٢].

قال الإمام ابن رشد المالكي – رحمه الله تعالى -:" ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة، والجوائح"[٣] نص فقهاء الحنفية أن هلاك المبيع عند استقرار الحق في المبيع يكون ضمانه على المشتري،إذ إن البائع تبرأ ذمته بتسليم المبيع،قال ابن عابدين – رحمه الله تعالى-:"(قوله المراد هلاك المبيع إلخ) قال في النهر: ولو ذهب إلى بائعه ليرده بعيبه فهلك في الطريق هلك على المشتري ويرجع بنقصه"[٤].

ونص الشافعية أن المبيع بعد القبض من ضمان المشتري يقول الإمام الخطيب الشربيني:" لأن المبيع بعد القبض من ضمان المشتري"[٥].

ونص الحنابلة أن المبيع بعد القبض من ضمان المشتري يقول الإمام ابن قدامة المقدسي – رحمه الله تعالى -:" وأما إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار، فهو من ضمان المشتري، ويبطل خياره"."[٦].

والهلاك بعد القبض إما أن يكون بقوة قاهرة أو فعل المشتري أو فعل أجنبي غير طرفي العقد أو بفعل المبيع نفسه،ويكون الهلاك كليا ففي هذه الحالات كلها تكون تبعة الهلاك على المشتري؛لأن المبيع خرج من ضمان البائع إلى المشتري بالتسليم والتخلية بين المشتري والمبيع،وفي حالة الإتلاف من أجنبي يعود المشتري على المتلف بالضمان.

---

(١) الشافعي،محمد بن إدريس،الأم،ج٣ ص١٠،١٤١٠هـ ١٩٩٠م،الناشر:دار المعرفة – بيروت.
(٢) مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.
(٣) ابن رشد الحفيد،محمد بن أحمد بن محمد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج ٣ ص٢٠١،٢٠٠٤م – ١٤٢٥هـ، الناشر: دار الحديث القاهرة.
(٤) ابن عابدين،محمد أمين بن عمر،رد المحتار على الدر المختار،ج٥ ص ٢١،ط٢ ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، الناشر: دار الفكر – بيروت.
(٥) الخطيب الشربيني،شمس الدين محمد بن أحمد،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج٣، ص ٣٦٨، ط١ ١٤١٥هـ- ١٩٩٤م،الناشر: دار الكتب العلمية.
(٦) ابن قدامة الحنبلي، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد،المغني،ج٣ ص ٤٨٧،الناشر:مكتبة القاهرة.

وإذا هلك المبيع كليا بفعل البائع بعد استقرار حق المشتري في المبيع واستلم الثمن من المشتري فإنه يضمن المبيع؛لأنه تعدى على حق غيره،سواء كان قبض المبيع بإذن البائع أو دون إذنه وإذا هلك بفعل البائع وكان المشتري أخذه دون إذن البائع،ولم يسلم الثمن،فيضمن البائع لأنه بإتلافه استرد حقه.

قال الإمام الكاساني الحنفي – رحمه الله تعالى – عند كلامه عن أحكام هلاك المبيع وما يترتب عليه:" وجملة الكلام فيه: أن المبيع لا يخلو إما أن يكون أصلا، وإما أن يكون تبعا، وهو الزوائد المتولدة من المبيع، فإن كان أصلا فلا يخلو إما أن هلك كله وإما أن هلك بعضه، ولا يخلو إما أن هلك قبل القبض، وإما أن هلك بعده، وكل ذلك لا يخلو إما أن هلك بآفة سماوية، وإما أن هلك بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي فإن هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع؛ لأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن، وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع، وأنه عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلا فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ، وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري، لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل، كأن لم يكن، وكذا إذا هلك بفعل المبيع بأن كان حيوانا فقتل نفسه؛ لأن فعله على نفسه هدر فكأنه هلك بآفة سماوية وكذا إذا هلك بفعل البائع يبطل البيع"[١].

المسألة الثانية: هلاك المبيع قبل استقرار حق المشتري فيه .

إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل البائع انفسخ البيع وتكون تبعة الهلاك على البائع وإذااستلم الثمن رده على المشتري، لعدم دخول المبيع تحت تصرف المشتري وإذا هلك بفعل المشتري تكون تبعة الهلاك على المشتري؛لأن هلاكه على يده بمثابة تسلمه،وإذا هلك بفعل أجنبي فله الخيار بالفسخ أو مطالبة الأجنبي الذي تسبب بالهلاك،وأثبتنا الخيار له لعدم استقرار حقه فيه.

جاء في القانون المدني الأردني في المادة خمسمائة:" اذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لاحد المتبايعين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن "

جاء في المادة خمسمائة وواحد:"إذا هلك المبيع قبل التسليم او تلف بعضه بفعل المشتري اعتبر قابضا للمبيع ولزمه اداء الثمن".

---

(١) الكاساني،علاء الدين أبو بكر بن أحمد،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٥ ص٢٤٩،ط٢ ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، الناشر: دار الكتب العلمية.

جاء في المادة خمسمائة واثنين:" إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص آخر كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع او قيمته"(١).

ونص الحنفية أن المبيع إذا هلك قبل الاستقرار يكون ضمانه على البائع،وإذا هلك بفعل المشتري يكون بمثابة القبض، وإذا هلك بفعل أجنبي فله الخيار يقول الإمام الكاساني الحنفي رحمه الله تعالى:" لو هلك في يده سقط الثمن عن المشتري....وإن هلك بفعل المشتري لا ينفسخ البيع، وعليه الثمن؛ لأنه بالإتلاف صار قابضا كل المبيع؛ لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه، وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن،.......... وإن هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه؛ لأنه أتلف مالا مملوكا لغيره بغير إذنه، ولا يد له عليه فيكون مضمونا عليه بالمثل أو القيمة، والمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع فيعود المبيع إلى ملك البائع فيتبع الجاني فيضمنه مثله إن كان من ذوات الأمثال، وقيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال، وإن شاء اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان، واتبعه البائع بالثمن؛ لأن المبيع قد تعين في ضمان البائع"(٢).

ونص الشافعية أن هلاك المبيع قبل الاستقرار من ضمان البائع،قال الإمام النووي– رحمه الله تعالى- في باب المبيع قبل قبضه من ضمان البائع:" فإن تلف انفسخ البيع وسقط الثمن، ولو أبرأه المشتري عن الضمان لم يبرأ في الأظهر ولم يتغير الحكم. وإتلاف المشتري قبض إن علم......... والأظهر أن إتلاف الأجنبي لا يفسخ، بل يتخير المشتري بين أن يجيز ويغرم الأجنبي أو يفسخ فيغرم البائع الأجنبي"(٣).

ونص الحنابلة في المعتمد عندهم على ذلك يقول الإمام الحجاوي المقدسي الحنبلي- رحمه الله تعالى -:" وإن تلف قبل قبضه فمن ضمان البائع "وإن تلف بآفة سماوية بطل البيع" وإن أتلفه آدمي خير مشتر بين فسخ وإمضاء ومطالبة متلفه ببدله وما عداه يجوز تصرف المشتري فيه قبل قبضه لأن تلف ما عدا المبيع بكيل ونحوه فمن ضمانه "ما لم يمنعه بائع من قبضه"(٤). ورأي المالكية أن ضمان المبيع يكون على المشتري بمجرد العقد الصحيح، قال الإمام الصاوي المالكي – رحمه الله تعالى -:" (وانتقل الضمان): أي ضمان المبيع من بائعه (إلى المشتري بالعقد الصحيح اللازم) ولو لم يقبضه من البائع، فمتى هلك أو حصل فيه عيب بعد العقد فضمانه من

---

(١) القانون المدني الأردني.
(٢) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن أحمد،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٥ ص٢٣٩،ط٢ ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، الناشر:دار الكتب العلمية.
(٣) الخطيب الشربيني،شمس الدين محمد بن أحمد،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،ج٢ص ٤٥٦-٤٦٢ ،ط١٤١٥هـ ١٩٩٤م،الناشر:دار الكتب العلمية.
(٤) الحجاوي، موسى بن أحمد، زاد المستنقع في اختصار المقنع،ج١ ص١٠٧،تحقيق:عبد الرحمن العسكر، الناشر: دار الوطن – الرياض.٢

مشتريه وسواء كان عرضا أو غيره"[١] إن هلاك المبيع بعد استقرار حق المشتري فيه، تكون تبعة الهلاك على المشتري والبائع أصبح أجنبيا عن المبيع،وقبل استقرار الحق في المبيع تكون تبعة الهلاك على البائع؛ لعدم تمكن المشتري من المبيع،والتفريق بين مرحلة الوجوب والاستقرار في العقود له أهمية كبيرة في ترتب الأحكام الشرعية.

والفقه الإسلامي لم يفرق في المبيع بين العقار والمنقول،فلا بد من تسليم المبيع خاليا من الشواغل والخيارات والعيوب،حتى يترتب على المشتري تبعة هلاك المبيع إذا هلك.إن المشتري يستقر حقه في المبيع،عند تسلمه خاليا من الشواغل والعيوب،فإذا هلك المبيع قبل تسليمه إلى المشتري، فضمان المبيع يكون على البائع أم المشتري.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة [٢] على أن هلاك المبيع بعد القبض من ضمان المشتري وقبله من ضمان البائع واستدلوا ما يلي:

أولا: الله تعالى جعل القبض موجبا لتمام العقد فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾"البقرة: ٢٧٨" فجعل المقبوض مما قد استقر عليه الملك فلم يوجب استرجاعه وما ليس بمقبوض مما لم يستقر عليه ملك فأوجب رده، فلما كان القبض موجبا لاستقرار الملك، وعدم القبض مانعا من استقرار الملك. اقتضى أن يكون ما تلف قبل استقرار ملك المشتري عليه لا يلزمه ضمانه ويبطل عقده، ويفهم أن الملك إذا استقركان من ضمان المشتري.

ثانيا: عن أنس بن مالك، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي قيل: يا رسول الله، وما تزهي؟، قال: «حتى تحمر»، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أرأيت إن منع الله الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»[٣] فمنع من المطالبة بالثمن لتلف الثمرة قبل القبض ونبه على حكم كل مبيع تلف قبل القبض، ومفهوم المخالفة أن المشتري يضمن بعد القبض.

---

(١) الصاوي المالكي،أحمد بن محمدالخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح

(٢) بدائع الصنائع،مرجع سابق،ج٥ ص ٢٣٩.مغني المحتاج،مرجع سابق، ج٢ ص ٤٥٦.

(٣) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع، ج٣، ص٧٧، رقم الحديث ٢١٩٨.

ثالثا: إنه قبض مستحق بعقد فوجب أن يكون فواته مبطلا للعقد كالصرف، ولأنه مبيع تلف قبل القبض فوجب أن يكون مسقط للضمان مبطلا للعقد كالقفيز المبيع من الصبرة إذا تلف جميعها قبل القبض[١].

الرأي الثاني:ذهب فقهاء المالكية إلى أن تبعة الهلاك على المشتري بمجرد العقد والاستقرار يتحقق بالعقد،حتى لو لم يتم التسليم إلاأن البائع يتحمل تبعة الهلاك بعد العقد في حالات:

أولا: الثمار المباعة بعد بدو صلاحها فضمانها على البائع،حتى نأمن الجوائح فإذا أمنا الجوائح انتقل ضمانها إلى المشتري.ثانيا:المبيع الذي فيه حق التوفية وهو المثلى من مكيل أو موزون أو معدود فينتقل الضمان على المشتري بالكيل أو الوزن أو العد وقبض االمشتري له،ثالثا:المبيع الذي بيع على الصفة.قال الإمام الصاوي المالكي – رحمه الله تعالى -:" (وانتقل الضمان): أي ضمان المبيع من بائعه (إلى المشتري بالعقد الصحيح اللازم) ولو لم يقبضه من البائع، فمتى هلك أو حصل فيه عيب بعد العقد فضمانه من مشتريه وسواء كان عرضا أو غيره"[٢] وفي الحالات التي يكون الضمان فيها على المشتري يفسخ العقد عند المالكية.

يقول الإمام الدسوقي المالكي – رحمه الله تعالى -:" (والتلف) للمبيع بيعا صحيحا لازما الحاصل (وقت ضمان البائع) بأن كان مما فيه حق توفية، أو ثمارا قبل أمن جائحتها، أو مواضعة، أو غائبا (بسماوي) أي بأمر من الله تعالى لا بجناية أحد (يفسخ) العقد فلا يلزم البائع الإتيان بغير المعين المعقود عليه"[٣] واستدل فقهاء المالكية بأدلة منها:

أولا: عن عائشة: أن رجلا اشترى عبدا فاستغله، ثم وجد به عيبا فرده، فقال: يا رسول الله، إنه قد استغل غلامي. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "الخراج بالضمان"[٤] وجه الدلالة: جعل الضمان ممن يكون له الخراج، وقد ثبت أن خراج هذا المبيع قبل القبض ليكون للمشتري، فكان ضمانه منه.

---

(١) الماوردي،علي بن محمد الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي،ج٥ ص ١٣٧،تحقيق:علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود، ط١ ١٤١٩هـ ١٩٩٩م،الناشر:دار الكتب العلمية – بيروت.القفيز:المكيال الصبرة:الكومة من الطعام.(انظر:العين،ج٨ ص ٨٨،مرجع سابق.الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، الأزهري الهروي،ج١ ص١٤٠،تحقيق:مسعد عبد الحميد،الناشر:دار الطلائع).

(٢) الصاوي المالكي،أحمد محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير،ج٣ ص١٩٥،الناشر:دار المعارف.

(٣) الدسوقي،محمد بن أحمد بن عرفة،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج٣ ص ١٤٦،الناشر:دار الفكر.٣.

(٤) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب بيوع النبي صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، ج٣ ص ٥٧٣، حديث رقم ١٢٨٥،**وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.**

ثالثا: إن ضمان الثمن في مقابلة ملك الثمن فلما كان الثمن المبيع في ملك ونوقش هذا الدليل من وجهين: أحدهما: أنه لا دليل فيه لأنه جعل الخراج لمن عليه الضمان وهم عكسوا الأمر فجعلوا الضمان على من له الخراج.

والثاني: أنه يرجع عليهم لأنهم يقولون إنه مضمون على البائع بالقيمة والخراج للمشتري. فلما جاز أن يكون مضمونا على البائع بالقيمة وإن كان الخراج للمشتري فلم لا جاز أن يكون مضمونا على البائع بالثمن ويكون الخراج للمشتري.

ثانيا: الملك لا يخلو أن يكون استقر بنفس البيع الذي هو الإيجاب والقبول المطلق، فذلك يوجب أن يكون التلف من المشتري كما بعد القبض أو أن لا يستقر إلا بمعنى زائد عليه وهو القبض فالقبض فرع على الملك وتابع له؛ لأن البائع يجبرعلى إقباضه للمشتري ولولا استقرار الملك لم يجبر عليه.ونوقش هذا الدليل: قياسهم على المقبوض فالمعنى في المقبوض استقرار ملكه عليه بالقبض، وليس كذلك غير المقبوض.

المشتري وإن لم يقبضه، وجب أن يكون ثمن المبيع مضمونا على المشتري وإن لم يقبضه[١] ونوقش هذا الدليل:جمعهم بين الثمن والمثمن فمنتقض بالقفيز من الصبرة، ثم يقال: هما سواء في أن ملك كل واحد من البائع والمشتري على الثمن والمثمن غيرمستقرقبل القبض[٢] والذي يترجح بعد عرض آراء الفقهاء،أن تبعة هلاك المبيع قبل استقرار حق المشتري فيه وتسلمه له يكون على البائع؛لأن غاية المشتري من العقد تسلم المبيع والانتفاع به فليس من العدل تحميله ضمان ما لم ينتفع به أصلا.

المسألة الثالثة:بيع المبيع قبل استقراره

إن المشتري يثبت حقه بالمبيع بمجرد العقد،ولكن حقه يستقر فيه عند قبضه وتسلمه،فالمبيع عرضة للهلاك قبل تسلمه،فهل يجوز بيع المبيع قبل استقرار حق المشتري فيه،ومسألة بيع المبيع قبل استقراره،مبنية على مسألة ضمان المبيع قبل القبض،فجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة[٣] يرون تبعة الهلاك على البائع قبل القبض،والمالكية يرون تبعة الهلاك على المشتري بمجرد العقد إلا في الطعام[٤] لأنه يتسارع إلى الهلاك،فيترتب على ذلك عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه عند الجمهور، وجواز بيع المبيع قبل قبضه – سوى الطعام – عند المالكية،وسنعرض آراء

---

(١) الثعلبي،أبو محمد عبد الوهاب بن علي،المعونة على مذهب عالم المدينة،ج١ ص ٩٧٤، تحقيق:حميش عبد الحق، الناشر: المكتبة التجارية – مكة المكرمة.

(٢) الماوردي،علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي،ج٥ ص ١٣٧،تحقيق:علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود، ط١ ١٤١٩هـ ١٩٩٩م،الناشر:دار الكتب العلمية– بيروت.

(٣)بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٤٩،الأم ج٣ ص ٥،المغني ج٣ ص ٤٨٧،مراجع سابقة.

(٤) حاشية الدسوقي،ج٣ ص ١٤٦،مرجع سابق.

الفقهاء في المسألة مع أدلتهم وبيان الراجح.اتفق الفقهاء على منع بيع المبيع قبل قبضه إذا كان طعاما، ونقل ابن رشد المالكي – رحمه الله تعالى – الإجماع على ذلك بقوله:" وأما بيع الطعام قبل قبضه، فإن العلماء مجمعون على منع ذلك"[١] واختلف الفقهاءفي جواز بيع المبيع قبل قبضه من غيرالطعام على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم جوازبيع المبيع قبل قبضه [٢] واستدلوا بأدلة منها:

أولا: عن ابن عباس رضي الله عنهما، يقول: أما الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم «فهو الطعام أن يباع حتى يقبض»، قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله[٣].

وجه الدلالة: نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل أن يقبض مع الحاجة الماسة إليه فغيره من باب أولى،فهم عبدالله بن عباس رضي الله عنه راوي الحديث أن النهي يشمل كل مبيع قبل القبض وفهم الصحابي معتبر.

ثانيا:إن ملك المشتري للمبيع غير مستقر،فربما هلك فانفسخ العقد،وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز[٤].

ثالثا:إن ضمان المبيع قبل استقراره للمشتري بقبضه له على البائع،فإذا أجزنا بيعه قبل القبض توالى على البائع ضمانان،وهذا غير جائز[٥].

الرأي الثاني:ذهب فقهاء المالكية إلى جواز بيع المبيع قبل قبضه إلا في الطعام [٦] واستدلوا واستدلوا بأدلة منها:

---

(١) ابن رشد الحفيد،محمد بن أحمد بن محمد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج ٣ ص١٦٣،٢٠٠٤م – ١٤٢٥هـ،الناشر:دار الحديث القاهرة.

(٢) البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية،ج٨ ص٢٧٣،الناشر:دار الفكر. الخطيب الشربيني،شمس الدين محمد بن أحمد،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج٢ص ٤٦١،ط١٤١٥١هـ-١٩٩٤م،الناشر:دار الكتب العلمية. المرداوي،علي بن سليمان،الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،ج٥ ص١٤٤،الناشر:دار إحياء التراث العربي.

(٣) صحيح البخاري،كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك،حديث رقم ٢١٣٥،ج٣ ص ٦٨،تحقيق:محمد زهير الناصر،الناشر:دار طوق النجاة،ط١ ١٤٢٢هـ.

(٤) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))،ج٩ ص ٢٦٤،الناشر:دار الفكر.

(٥) البهوتي، منصور بن يونس، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى،ج٢ ص ٥٨،ط١ ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م، الناشر: عالم الكتب.

(٦) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج٣ ص ١٥١،الناشر: دار الفكر.

أولا: عن ابن عباس رضي الله عنهما، يقول: أما الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم «فهو الطعام أن يباع حتى يقبض»[١].

وجه الدلالة:إن النبي صلى الله عليه وسلم خص الطعام بتحريم البيع قبل القبض فدل على جواز ما سواه،ولو كان غيره داخلا لذكره النبي صلى الله عليه وسلم.

ويجاب على هذا الدليل بما يأتي: استدلالهم بالحديث أنه خاص بالطعام،فيجوز في غيره البيع قبل القبض فهو مردود بورود روايات أخرى تنهى عن البيع قبل القبض في غير الطعام ومنها: عن حكيم بن حزام، قال: قلت: يا رسول الله، إني أبتاع هذه البيوع فما يحل منها وما يحرم علي؟ قال: «يا ابن أخي لا تبيعن شيئا حتى تقبضه»[٢].

ثانيا:إن المبيع إذا هلك قبل التسليم كان من ضمان المشتري،فما كان من ضمانه صح التصرف فيه[٣].

ويجاب على هذا الدليل: إن المبيع إذا هلك قبل التسليم كان من ضمان المشتري،فصح بيعه قبل قبضه فلا نسلم به أصلا،إذإن المبيع قبل القبض من ضمان البائع،لعدم استقرار حق المشتري فيه فكذلك القبض.

ثالثا: لما جاز التصرف في الأثمان قبل قبضها جاز ذلك في المثمونات. وإذا جاز بيع ما ليقبض مما وهب أو تصدق به أو ورث فكذلك يجوز بيع ما اشتري قبل أن يقبض، فكذلك يجوالتصرف فيه بالبيع[٤].

ويجاب على هذا الدليل:إن الثمن يثبت في الذمة ولا يتصور تلفه،بخلاف المبيع إذ إن تلف محتمل فهو قياس مع الفارق.

والذي يترجح بعد عرض آراء الفقهاء،أن بيع المبيع قبل قبضه غير جائز؛ لقوة أدلة الجمهور وعدم استقرار حق المشتري في المبيع،ولعرضته للهلاك مما يؤدي إلى حدوث الخصومات بين طرفي العقد،فربما باع المشتري قبل القبض بثمن عال فيعلم البائع فيمتنع عن التسليم والعدل أن المشتري لا يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل الاستقرار،فلزم أن لا يتصرف به قبل استقراره.

---

(١)سبق تخريجه ، ص ٥٣.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب بيوع النبي صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، **وقال الترمذي: حديث حكيم بن حزام حسن**، حديث رقم ١٢٣٢، ج٣ ص ٢٥٦.

(٣) الثعلبي،أبو محمد عبد الوهاب بن علي،المعونة على مذهب عالم المدينة،ج١ ص ٩٧٣، تحقيق:حميش عبد الحق،الناشر:المكتبة التجارية – مكة المكرمة.

(٤) المازري المالكي، محمد بن علي بن عمر،شرح التلقين،ج٢ ص ١٦٧،تحقيق: محمد المختار السلامي،ط١ ٢٠٠٨م،الناشر: دار الغرب الإسلامي.

المطلب الثالث: أثر االخيار في استقرار المبيع

الأصل في العقود اللازمة إذا استوفت شروطها وأركانها،عدم جواز فسخ العقد إلا برضا الطرفين، وشرع الإسلام الخيار تيسيرا على الناس ورفعا للحرج،والخيار يعطي المتعاقدين فرصة للتروي قبل استقرار العقد ويقطع المنازعات بين طرفي العقد،إذ إن كل طرف أخذ الوقت لإمضاء العقد أو فسخه، ووجودالخياريمنع من استقرار الحق استقرارا تاما؛لاحتمال فسخ العقدوالملك التام لايكون إلافي العقدالمستقراستقراراتاما،والخيارات التي تؤثرعلى استقرارالمبيع كثيرةومتعددة اقتصرت على أهم خيارين منها،وهما خيار المجلس وخيار الشرط.

والخيار لغة:اسم من الاختيار وهو طلب ما هو خير وفعله[١].

واصطلاحا:أن يكون الخيار لكل منهما الاختيار في فسخ البيع أو إمضائه[٢].

الفرع الأول:خيارالمجلس

اختلف الفقهاء في خيار المجلس على رأيين:

الرأي الأول: قال الشافعية والحنابلة بخيار المجلس،وأن للمتعاقدين خيار الرجوع قبل تفرق الأبدان،فما دام المجلس منعقدا فالخيار قائم واستدلوا بأدلة منها[٣]:

أولا: روى ابن عمرعن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار، ما لم يتفرقا، وكانا جميعا، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك أحدهما البيع، فقد وجب البيع». متفق عليه[٤] والمراد بالتفرق هنا تفرق الأبدان، قال الماوردي: فلا تفرق بعدما صارا متبايعين إلا تفرق الأبدان.

ويناقش هذا الدليل:إن الحديث يحمل على التفرق بالأقوال لاالأبدان، والعقد صفته الإلزام فإذا قلنا بخيار المجلس، أدى إلى زعزعة قوة العقد الملزمة، وهذا يؤدي إلى وجود مجلسين مجلس عقد وخيار.ويمكن حمل الحديث على المتساومين في البيع،وهذا شائع في اللغة[٥].

---

(١) الكفوي،أيوب بن موسى الحسيني،الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية،ص ٦٢، تحقيق:عدنان درويش- محمد المصري،الناشر:مؤسسة الرسالة – بيروت.
(٢) القزويني،أحمد بن فارس،ج١ ص ١٢٤،تحقيق:دعبدالله التركي،الناشر:الشركة المتحدة للتوزيع بيروت.
(٣) مغني المحتاج،ج ٢ ص ٣٩٠،مرجع سابق،المغني ج٣ ص ٤٨٣،مرجع سابق.
(٤) صحيح البخاري،كتاب البيوع،باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع،ج٣،ص ٦٤،
(٥) الحاوي الكبير،ج٥ ص ٢٨،مرجع سابق.

ثانيا:إن ابن عمركان إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه. متفق عليه فعل راوي الحديث يدل على أن المراد بالتفرق، تفرق الأبدان.

ويناقش هذا الدليل:إن هذا اجتهاد من عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، ولا يعد اجتهاده ملزما.

الرأي الثاني:ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم القول بخيار المجلس، فإذا صدر الإيجاب والقبول لم يكن لأحد طرفي العقد الرجوع[١].

واستدلوا بأدلة منها:

أولا: قَالَ تَعَالَى: " **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا** "النساء ٢٩.

دلالة الآية: أباح الله - سبحانه وتعالى - الأكل بالتجارة عن تراض مطلقا عن قيد التفرق عن مكان العقد[٢].

ويناقش هذا الدليل:إن الآية مطلقة وقيدت بالحديث.

ثانيا:" **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ** "المائدة ١.

دلالة الآية: البيع عقد يلزم الوفاء به بظاهر الآية فلو كان خيار المجلس ثابتا لم يكن الوفاء بعقد البيع لازما[٣].

ثالثا:قال النبي صلى الله عليه وسلم:"المسلمون عند شروطهم"[٤].

دلالة الحديث: وقد شرطا إمضاء البيع فيلزمهما[٥] ووجود الخيار يفسد الشرط للزوم البيع بعد انعقاده.

---

(١) الأصبحي المدني،مالك بن أنس،المدونة،ج ٣ ص ٢٢٢،ط١ ١٤١٥هـ ١٩٩٤م،الناشر:دار الكتب العلمية. البناية شرح الهداية،ج٨ ص١١،مرجع سابق.
(٢) بدائع الصنائع، ج٥ ص ٢٢٨،مرجع سابق.
(٣) البناية شرح الهداية،ج٨ ص ١١،مرجع سابق.
(٤) صحيح البخاري،كتاب الإجارة،باب أجر السمسرة،ج٣ ص ٩٢،الحديث رقم ٢٢٧٣.
(٥) البناية شرح الهداية،ج٨ ص١٢،مرجع سابق.

وبعد عرض آراء الفقهاءومناقشتها،يتبين أن رأي الحنفية والمالكية أقرب إلى الصواب؛لقوة أدلتهم والقول بخيار المجلس يؤدي إلى وجود مجلسين مجلس عقد ومجلس خيار،والقول بخيار المجلس يؤدي إلى عدم استقرار العقد؛للاختلاف في ضابط التفرق ويضعف قوة العقد الملزمة.

الفرع الثاني: خيار الشرط

أن يشرط الخيار بفسخ البيع أو إجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر[١].

ما يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما من حقه في فسخ البيع أو إجازته خلال مدة معينة[٢].

إذا اشترط البائع أو المشتري،أن له حق الفسخ في فترة معينة كان له ذلك دون رضا الطرف الآخر،وسمي بخيار الشرط لأنه لا يصح الفسخ أو الإمضاء إلا إذا اشترط ذلك في العقد.

وخيار الشرط قال به جماهير الفقهاء من الأئمة الأربعة[٣]، حتى قال الإمام النووي أنه محل إجماع عند الفقهاء:" اعلم أن أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الإجماع وقد نقلوا فيه الإجماع وهو كاف"[٤] ودليل مشروعية خيارالشرط مارواه عبد الله بن عمررضي الله عنهما: أن رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم، أنه يخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل لا خلابة»[٥] وفي رواية عن ابن عمر رضي الله عنهما: قال: سمعت رجلا من الأنصار وكانت بلسانه لوثة يشكو إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن في البيع، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إذا بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد "[٦] فهذا نص صريح في جواز خيارالشرط؛حتى نأمن من الغبن فيكون فيكون الرضا تاما.

وخيار الشرط يصح في ما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة كالبيع،وهناك عقود لا يدخلها خيار الشرط – أصلا- كالنكاح؛ لأن طبيعة العقد لا تحتمل الفسخ، وهناك عقود لا تتم إلا بالقبض كالصرف فيلزم العقد بمجرد القبض ولا يحتمل الفسخ بعده

(١) مجلة الأحكام العدلية،ج١ ص ٦١،مرجع سابق.
(٢) محمد قلعجي – حامد صادق،معجم لغة الفقهاء،ج١ص٢٦٠،الناشر:دار النفائس١٤٠٨هـ ١٩٩٨م.
(٣) بداية المجتهد،ج٣ ص ٢٢٥،مرجع سابق.
(٤) المجموع،ج٩ ص ١٩٠،مرجع سابق.
(٥) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيوع،ج ٣ ص ٦٥،حديث ٢١١٧، مرجع سابق.
(٦) السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب الدليل أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة **أيام**، ج، ٥ص٤٤٩، حديث ١٠٤٥٩، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، ط٣ ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م. وأصل الحديث في صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيوع، ج٣، ص ٦٥، حديث ٢١١٧.

وهناك عقود لا يدخلها خيار الشرط؛لأنها غير لازمة – أصلا – كالهبة فلا فائدة في وجود الخيار فيه.

الفرع الثالث: أثر خيار الشرط في استقرار المبيع

لا خلاف بين الفقهاء أن خيار الشرط ليس لازما لمن له الخيار إلا إذا أراد أن يمضيه فيلزم، فلا يستقرالمبيع للمشتري إلاإذاانتهى الخيار ولو اختار المشتري تسليمه فالتسليم للمبيع لايعني الاستقرار،فربما يسلم البائع للمبيع باختياره مع عدم استقراره،وليس ملزما بتسليمه،بل بمحض اختياره.واختلف الفقهاء في ترتب آثار العقد في فترة الخيار على رأيين:

الرأي الأول:ذهب الحنفية والمالكية[١] إلى عدم ترتب آثار العقد في فترة الخيار،فإذا كان الخيار للمشتري لا يلزم بالثمن،ولا يلزم البائع بتسليم المبيع،وإذا كان الخيار للبائع لا يلزم بتسليم المبيع،ولا يلزم المشتري بالثمن واستدلوا بأدلة منها:

أولا:إن المبيع لا يخرج إلابالمراضاة،والخياريدل على عدم الرضا[٢].

ثانيا:إن عقد البيع لازم،والخيار يمنع اللزوم.

الرأي الثاني:ذهب الشافعية والحنابلة[٣] إلى ترتب آثار العقد في فترة الخيار،فالخيار يمنع لزوم العقد لا ترتب آثاره واستدلوا بأدلة منها:

أولا: قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع»[٤] فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه، وهو عام في كل بيع. ولأنه بيع صحيح، فنقل فنقل الملك عقيبه، كالذي لا خيار له؛ولأن البيع تمليك، بدليل قوله: ملكتك،فيثبت به الملك، كسائر البيع.ويناقش هذا الدليل:إنه خارج محل النزاع،فالشرط هنا قبل انعقاد البيع،فلا يتم البيع إلا بتحقق الشرط،أما الخيار فشرع للتريث والتحري فلا بد من أخذ الوقت الكافي.

---

(١) بدائع الصنائع،ج٥ ص ٢٦٤،مرجع سابق.البناية شرح الهداية،ج٨ ص ٥٥،مرجع سابق.
- البغدادي المالكي،عبد الوهاب بن علي،الأشراف على نكت مسائل الخلاف،ج٢ ص،٥٢٣، تحقيق:الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم،ط١ ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م.

(٢) الاختيار ج٣، ص ٣.

(٣) اليمني الشافعي،أبو الحسين يحيى بن أبي الخير،البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج٥ ص ٤٠، تحقيق: قاسم محمد النوري،الناشر:دار المنهاج،جدة،ط١ ١٤٢١هـ،٢٠٠٠م،المغني ج٣ ص ٤٨٨.

(٤) صحيح البخاري،كتاب المساقاة،باب الرجل يكون له ممر أو شرب حائط أو في نخل،ج٣ ص ١١١٥، حديث حديث رقم ٢٣٧٩.

ثانيا: التمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري، ويقتضيه لفظه، والشرع قد اعتبره وقضى بصحته، فيجب أن يعتبره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه[١] ويناقش هذا الدليل: شرع الخيار لدفع الغبن،فإذا قلنا بأن الملك ينتقل لا فائدة من خيار الشرط أصلا،ولم يحصل المقصود من خيار الشرط.

والذي يترجح بعد دراسة الأدلة،رأي الحنفية والمالكية لورود النص في خيار الشرط ولعدم تحقق الرضا، مما يؤثر على استقرار الحق في المبيع، ولا بد من التضييق في مسألة الخيار وعدم التوسع، وأن لا تكون فترة الخيار تؤثر على عقد البيع الذي يحمل صفة اللزوم.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الرأيين في مؤونة المبيع وغلته فعلى رأي الحنفية والمالكية تكون المؤونة على البائع والزيادة له،وعلى رأي الشافعية والحنابلة تكون المؤونة على المشتري والزيادة له. [٢].

الفرع الرابع: خيار العيب

إن غاية المشتري أن يتسلم المبيع خاليا من العيوب،فإذا وجد عيب في المبيع فقد أعطى الشارع الحكيم حق الفسخ للبائع دون النص عليه في العقد، والأصل في الرد بالعيب قوله تعالى:"إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡ"النساء ٢٩

وجه الدلالة: إن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري، ولم يحصل، فقد اختل رضاه، وهذا يوجب الخيار؛ لأن الرضا شرط صحة البيع[٣].

وما روى أبو هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم:" من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها صاعا من طعام، لا سمراء"[٤].

وجه الدلالة:والنظران المذكوران هما نظر الإمساك والرد، وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت؛ لأن هذا النوع من الخيار ليس بموقت بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد؛ لأن المشترى إن كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة، فيرضى به، فيمسكه أو لا

(١) المغني،ج ٣ ص ٤٨٨ ،مرجع سابق.
(٢) المغني،ج٣ ص ٤٨٩ ،مرجع سابق.
(٣) بدائع الصنائع،ج٥ ص ٢٧٤ ،مرجع سابق.
(٤) صحيح مسلم،كتاب البيوع،باب حكم بيع المصراة،ج٣ ص ١١٥٨ ،حديث رقم ١٥٢٤.

يرضى به، فيرده، والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري علمه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بطريق المشاهدة، والله عز وجل أعلم[١].

وخيار العيب: أن يجد بالمبيع عيبا ينقص الثمن فله الخيار إن شاء يختار المبيع بكل الثمن أو يردّه إلى البائع[٢].

الفرع الخامس: أثر خيار العيب على استقرار المبيع

إن وجود العيب في المبيع يؤثر على استقرار المبيع؛ لأن المبيع حتى يستقر لا بد من تسلمه خاليا من العيوب، وسلامة المبيع مقصودة في العقد ولو لم ينص عليها، فغاية المشتري من المبيع الانتفاع به وذلك لا يتحقق إلا إذا تسلمه كاملا دون عيب.

وإذا تسلم المشتري المبيع معيبا فما الذي يثبت له:

الرأي الأول: التخيير بين أمرين الرد أو الإمساك بجميع الثمن،لأنه لم يرض به، وليس له أخذه وأخذ النقصان إلا برضى البائع، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد، وكذلك لو كان المبيع مكيلا أو موزونا، فوجد ببعضه عيبا ليس له أن يمسك الجيد ويرد المعيب، والأصل في هذا أن المشتري لا يملك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهذا رأي الحنفية والشافعية[٣].

الرأي الثاني:التخيير بين أمرين الرد أو الإمساك مع الأرش،والأرش من لوازم الإمساك أما الرد، فلا نزاع فيه، إذ مطلق العقد يقتضي السلامة بدليل «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - اشترى مملوكا فكتب: هذا ما اشترى محمد بن عبد الله من العداء بن خالد اشترى منه عبدا، أو أمة لا داء ولا خبثة ولا غائلة بيع المسلم المسلم»[٤] وإذا يثبت له الخيار بظهور المبيع معيبا استدراكا لما فاته، وإزالة لما يلحقه من الضرر في بقائه في ملكه ناقصا عن حقه، وأما الإمساك مع الأرش فلأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابلة المعوض، فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض ومع العيب فات جزء منه فيرجع ببدله، وهو الأرش وهذا رأي الحنابلة[٥].

---

(١) بدائع الصنائع،ج٥ ص ٢٧٤،مرجع سابق.
(٢) التهانوي،محمد علي القاضي،موسوعات كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم،ج١ ص ٧٦٦، تحقيق: د علي دحدوح، ط١ ١٩٩٦،الناشر: مكتبة لبنان – بيروت.
(٣) الاختيار،ج٢ ص ١٨،مرجع سابق.المجموع ١٦٧/١٢،مرجع سابق.
(٤) سنن الدارقطني،كتاب البيوع،ج٤ ص ٥١،حديث ٣٠٨٠،الناشر:مؤسسة الرسالة بيروت – لبنان،ط١ ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م،تحقيق:شعيب الأرنؤوط- حسن عبد المنعم – عبد اللطيف حرزالله ، وأل الحديث في صحيح البخاري ، ج٩ ص ٢٨ ، حديث ٦٩٨٠.
(٥) بن مفلح،إبراهيم بن محمد،المبدع في شرح المقنع،ج٤ ص ٨٦،الناشر:دار الكتب العلمية – بيروت لبنان،ط١ ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

الرأي الثالث:التفرقة بين العيب الكثير واليسير، ففي العيب الكثير وافقوا الحنفية والشافعية فيخير بين أمرين الرد أو الإمساك بجميع الثمن،والعيب اليسير فرقوا بين العقارات والعروض ففي العقارات له الرجوع بالأرش أما العروض فيجب الرد سواء كان العيب قليلا أو كثيراوأما الحيوان فلا خلاف أن المشتري مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء عليه(١).

---

(١) بداية المجتهد،ج٣ ص ١٩٥،مرجع سابق.

المطلب الثالث:استقرار الحق وأثره في الثمن

الفرع الأول: وجوب الحق في الثمن

مرمعنا أن وجوب الحق هو وجود السبب الذي ينشئه فتنشغل به الذمة،والسبب هنا هو العقد، فيجب الحق في الثمن بمجرد العقد،ويجب على المشتري تسليم الثمن للبائع وقبل التسليم تكون ذمة المشتري مشغولة بتسليم الثمن ولاتبرأ حتى يسلمه للبائع،يقول الإمام المرغيناني الحنفي – رحمه الله تعالى-:" وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد"(١) قال الإمام الشيرازي رحمه الله تعالى:" في البيع يجب الثمن بنفس العقد"(٢) قال الإمام البهوتي – رحمه الله تعالى -:" كما يجب الثمن بعقد البيع"(٣) يقول الإمام ابن رشد – رحمه الله تعالى -:" لا يجب الثمن على المشتري إلا بعد قبض السلعة"(٤) فنجد من خلال النصوص السابقة أن مجرد العقد يوجب الثمن فتنشغل ذمة المشتري به للبائع، ولم يشترط أحد التسليم في مرحلة الوجوب،والثمن: هوما يبذله المشتري من عوض للحصول على المبيع(٥).

الفرع الثاني:استقرار الحق في الثمن.

يستقر الحق للبائع في الثمن بقبضه عند تسليم المبيع خاليا من الشواغل والخيارات والعيوب، إلا إذا وجد شرط بتأجيل الثمن أو جرى عرف بذلك، ويستقر الحق في الثمن في بيع التقسيط بحلول الأجل أو الأقساط.

يقول السرخسي الحنفي:" فإن المشتري لا يلزمه تسليم الثمن إلا بعد إحضار البائع المبيع"(٦).

يقول البغدادي المالكي:" في البيع لا يلزم تسليم الثمن بمجرد العقد إلا بعد تسليم المعقود عليه"(٧) يقول العمراني الشافعي:" كالبائع إذا سلم المبيع.. وجب على المشتري تسليم الثمن"(٨) يقول البابرتي الحنفي:" في باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن، فإن وجوب الثمن قبل ذلك لم

---

(١) المرغيناني،علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج٣ص ٢٤٤، تحقيق: طلال يوسف، الناشر:دار إحياء التراث العربي – بيروت- لبنان.
(٢) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي،المهذب في فقه الإمام الشافعي،ج٢ ص ٢٥١،الناشر:دار الكتب العلمية.
(٣) البهوتي،منصور بن يونس،دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات،ج٢ ص ٢٧٣، الناشر:عالم الكتب،ط١ ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م.
(٤) بداية المجتهد،ج٣ ص٥٦،مرجع سابق.
(٥) الموسوعة الفقهية الكويتية،ج٩ ص ٢٦.
(٦) السرخسي،المبسوط،ج ١٢ ص ١٦٥،مرجع سابق.
(٧) البغدادي المالكي،المعونة على مذهب عالم المدينة،ج١ ص ١٠٩٢، مرجع سابق.
(٨) العمراني الشافعي،البيان في مذهب الإمام الشافعي،ج١١ ص ١٩٠، مرجع سابق.

يكن متأكدا لكونه على عرضية أن يهلك المبيع في يد البائع وينفسخ العقد وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري"[١] يقول السمرقندي الحنفي:" ولو كان الثمن مؤجلا يجب تسليم المبيع للحال لأنه هو الذي أسقط حق نفسه في التأجيل"[٢].

الفرع الثالث:الآثار المترتبة على استقرار الثمن

المسألة الأولى: التصرف في الثمن قبل الاستقرار

إن البائع إذا سلم المبيع استقر له البدل وهو الثمن،فيجب على المشتري تسليم الثمن للبائع فهل يجوز للبائع التصرف في الثمن قبل استقراره بقبضه له،اختلف الفقهاء في هذه المسألة على آراء:

الرأي الأول:ذهب علماء الحنفية إلى صحة تصرف البائع في الثمن قبل استقراره بالقبض مطلقا[٣]، واستدلوا أن مطلق التصرف بقيام الملك، والثمن لا يتعين بالتعيين ولا يكون فيه غرر الانفساخ[٤].

الرأي الثاني:ذهب فقهاء المالكية إلى جواز التصرف في الثمن قبل استقراره،إلا إذا كان طعاما[٥].

الرأي الثالث: ذهب فقهاء الشافعية إلى جواز التصرف في الثمن المعين قبل استقراره وعدم جواز التصرف في الثمن الذي في الذمة قبل استقراره[٦].

الرأي الرابع:ذهب فقهاء الحنابلة إلى أنه إ ن كان الثمن معينا فإن كان التعاقد عليه بكيل، أو وزن، أو ذرع، أو عد فلا يجوز التصرف فيه قبل استقراره، وإن كان التعاقد عليه جزافا جاز التصرف فيه قبل قبضه، وأما الذي في الذمة فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه[٧].

---

(١) العناية،البابرتي،ج٣ ص ٣٢٣،مرجع سابق.
(٢) السمرقندي،تحفة الفقهاء،ج٢ ص ٤١،مرجع سابق.
(٣) الاختيار ج٢ ص٨، مرجع سابق.
(٤) المرجع السابق.
(٥) الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل،ج٤ ص ٤٨٢،الناشر:دار الفكر،ط٣ ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.
(٦) مغني المحتاج،ج٢ ص ٤٦٣،مرجع سابق.
(٧) البهوتي، منصور بن يونس، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات،ج٢ ص٦٠، ص٦٠، الناشر: عالم الكتب، ط١ ١٤١٤هـ ١٩٩٣م.

المبحث الثاني

استقرار الحق وأثره في عقد الإجارة

المطلب الأول:تعريف عقد الإجارة

الفرع الأول:الإجارة لغة واصطلاحا

الإجارة لغة:وهي مأخوذة من أجر والأمر منها أجرني، والأجرة الجزاء على عمل وما أعطيت من أجر،والأجرة هي الكراء،والمفرد أجير والجمع أجراء.

يقول الفراهيدي:" الأجر: جزاء العمل، أجر يأجر، والمفعول: مأجور، والأجير: المستأجر، والإجارة: ما أعطيت من أجر في عمل"(١).

الإجارة اصطلاحا

تعددت تعريفات الفقهاء للإجارة فعرفها الحنفية بأنها:" عقد يرد على المنافع بعوض "(٢).

وعرفها فقهاء المالكية:" تمليك منفعة غير معلومة زمنا معلوما بعوض معلوم"(٣).

وعرفها فقهاء الشافعية بأنها:" عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم"(٤).

وعرفها فقهاء الحنابلة بأنها:" عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة،من عين معينة أو موصوفة في الذمة، أوعمل معلوم بعوض معلوم(٥).

وتعريف الشافعية فيه من القيود والمحترزات ما يمنع دخول غيره، قال الشربيني بعد ذكره للتعريف قوله:"فخرج بمنفعة العين، وبمقصودة التافهة كاستئجار بياع على كلمة لا تتعب، وبمعلومة القراض والجعالة على عمل مجهول، وبقابلة لما ذكر منفعة البضع فإن العقد عليها لا يسمى إجارة. فإن قيل: منفعة البضع لم تدخل حتى يحتاج إلى إخراجها، فإن الزوج ما ملك المنفعة، وإنما ملك أن ينتفع،أجيب بأن قولهم على منفعة ليس فيه أنه ملك المنفعة، فلهذا أخرجت

---

(١) الفراهيدي، كتاب العين، ج٦ ص ١٧٣،مرجع سابق.
(٢) العيني، البناية شرح الهداية،ج١٠ ص ٢٢١،مرجع سابق.
(٣) الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل،ج٥ ص ٣٨٩،الناشر:دار الفكر،ط٣ ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.
(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣ ص ٤٣٨، مرجع سابق.
(٥) البهوتي، منصور بن يونس، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات،ج٢ ص٢٤١، الناشر: عالم الكتب،ط١ ١٤١٤هـ ١٩٩٣م.

بقابلة للبذل، وبعوض هبة المنافع والوصية بها والشركة والإعارة، وبمعلوم المساقاة والجعالة على عمل معلوم بعوض مجهول كالحج بالرزق".

الفرع الثاني: وجوب الحق في المؤجر.

مر معنا أن وجوب الحق هو وجود السبب الذي ينشئه فتنشغل به الذمة، والسبب هنا هو العقد، فيجب الحق في المؤجر بمجرد العقد، فتكون ذمة المؤجر مشغولة بتسليم المؤجر فإذا سلمه برئت ذمته بذلك،يقول الإمام الخرقي:" وإذا وقعت الإجارة على أجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع"(١) قال الإمام العيني:" لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة له أو الأجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة بالعقد"(٢).

الفرع الثالث:استقرار الحق في المؤجر.

يستقر الحق في المؤجر إذا سلم خاليا من الخيار ات والشواغل، أو مكن المستأجر من الانتفاع به وإن لم يستلم، يقول الإمام الموصلي الحنفي:" فإذا استوفى المعقود عليه استحق الأجرة عملا بالمساواة"(٣) يقول الإمام القرافي المالكي:" ومقتضى عدم تسليم المنفعة يزلزل الملك"(٤) قال الإمام السبكي الشافعي:" لأن إجارة العين كبيع العين، وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل، فكذلك الإجارة، فإن أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد، ويجب تسليمها بتسليم العين"(٥) يقول الإمام البهوتي:" وتستقرالأجرة بمضي المدة حيث سلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها، ولا حاجز له عن الانتفاع، ولو لم ينتفع لأن المعقود عليه تلف تحت يده، وهو حقه فاستقر عليه بدله كثمن المبيع إذا تلف في يد المشتري"(٦).

فعند النظر في نصوص الأئمة الأربعة، نجد أن الاستقرار مرحلة زائدة على الوجوب فتمام البيع واستقراره، يتحقق بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمؤجر سواء كان ذلك بتسليمه لمؤجر أو تمكينه من الانتفاع به.

---

(١) الخرقي، عمر بن الحسين، متن الخرقي على مذهب أبي عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني، ج١ ص٧٩، الناشر: دار الصحابة للتراث، ط ١٤١٣هـ- ١٩٩٣م.
(٢) العيني،البناية شرح الهداية،ج١٠ ص ٣٤٤، مرجع سابق.
(٣) الموصلي، الاختيار، ج٢ ص ٥٥.
(٤) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ج٣ ص ٤٢، الناشر: دار الغرب الإسلامي – بيروت، ط١، ١٩٩٤م.
(٥) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، ج١٥ ص ٣٣-٣٤، الناشر: دار الفكر.
(٦) البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٤ ص ٤١، الناشر: دار الكتب العلمية.

الفرع الرابع: الآثار المترتبة على استقرار المؤجر

المسألة الأولى: تأجير المؤجر قبل استقراره

يستقر الحق في المؤجر إذا سلم خاليا من الخيار ات والشواغل، أو مكن المستأجر من الانتفاع به وإن لم يستلم، فهل يجوز للمستأجر أن يؤجر المؤجر قبل استقراره بقبضه أو تمكينه منه،اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة آراء:

الرأي الأول: ذهب المالكية والشافعية في قول، إلى جواز تأجير المؤجر قبل استقراره [١].

لأن المعقود عليه هو المنافع،والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلم يؤثر فيها قبض العين.

الرأي الثاني: ذهب الشافعية في قول، والحنابلة في قول، ومحمد بن الحسن من الحنفية إلى عدم جواز تأجير المؤجر قبل استقراره[٢] قياسا على بيع المبيع قبل القبض

الرأي الثالث: ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى عدم جواز تأجير المؤجر قبل استقراره إن كان منقولا، وإلى جواز تأجير المؤجر إن كان عقارا قياسا على البيع [٣].

الرأي الرابع:ذهب الشافعية في قول بجواز إجارتها من المؤجر؛ لأنها في قبضته ولا يجوز من غيره لأنها ليست في قبضته ويجوز أن يؤجرها برأس المال وبأقل منه،وبأكثر لأن الإجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال، وبأقل منه وبأكثر منه فكذلك الإجارة[٤].

والراجح ما ذهب إليه محمد بن الحسن والشافعية في القول الثاني والحنابلة في القول الثاني من عدم جواز تأجير المؤجر قبل استقراره؛ لأن قبض المؤجر أو التمكن من الانتفاع به يحصل به الاستقرار، فكما لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه فالإجارة كذلك.

المسألة الثانية: تأجير المؤجر بعد استقراره.

يستقر الحق في المؤجر إذا سلم خاليا من الخيار ات والشواغل، أو مكن المستأجر من الانتفاع به وإن لم يستلم، فهل يجوز للمستأجر أن يؤجر المؤجر بعد استقراره بقبضه أو تمكينه منه،اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

---

(١) الحطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج٥ ص ٤١٧، ط٣ ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م، الناشر: دار الفكر.
الشيرازي،إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي،ج٢ ص ٢٥٨، الناشر: دار الكتب العلمية.
(٢) الشيرازي، المهذب، ج٢ ص ٢٥٨، مرجع سابق. الفتاوى الهندية، ج ٤ ص ٤٢٥.
(٣) لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، ج ٤ ص ٤٢٥، ط ٢ ١٣١٠ هـ،الناشر: دار الفكر.
(٤) الشيرازي، المهذب، ج٢ ص ٢٥٨، مرجع سابق.

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز تأجير المستأجر لآخر بعد استقرارها له في مدة العقد[١] لأن المنافع صارت ملكا للمستأجر وانتقال الملك للمستأجر أثر من آثار العقد، والمستأجر استقر حقه في المؤجر فله تأجيره لغيره، ولو كان المؤجر نفسه.

الرأي الثاني: ذهب القاضي من الحنابلة إلى عدم جواز تأجير المستأجر لآخر بعد استقراره؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن ربح ما لم يضمن، والمنافع لم تدخل في ضمانه. ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه، فلم يجز، كبيع المكيل والموزون قبل قبضه[٢].

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لأن حق المستأجر استقر في المؤجر ولأن قبض العين قام مقام قبض المنافع، بدليل أنه يجوز التصرف فيها، فجاز العقد عليها.

المطلب الثاني: استقرار الحق في الأجرة

الفرع الأول: وجوب الحق في الأجرة

إن الأجرة بدل المنفعة، والأجرة تجب بالعقد نفسه، قال الإمام العيني الحنفي:" (الأجرة لا تجب بالعقد) أي بنفس العقد، قال تاج الشريعة: أراد وجوب الأداء، أما نفس الوجوب فثبت بنفس العقد، وقال السغناقي: لا تجب، معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد[٣].

قال الإمام السبكي:"فإن أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد، ويجب تسليمها بتسليم العين"[٤] في عقد الإجارة تجب الأجرة بمجرد العقد، فوجود عقد الإجارة- وهو مصدر من مصادر الحق- أنشأ حقا لم يكن موجودا،فنشأ حق للمستأجر بتسلم المؤجر، ونشأ حق للمؤجر بتسلم الثمن، وهذا الحق وجب بمجرد العقد، فانشغلت ذمة المستأجر بأداء هذا الحق لوجود العقد،بعد أن كانت ذمته بريئة، ويتضح ذلك من عبارة:"فإن أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد "فوجود الحق ووجوبه مقترنان.

---

(١) الفتاوى الهندية، ج٤ ص ٤٢٥،مرجع سابق.المهذب، ج٢ ص ٢٥٨،مرجع سابق.مواهب الجليل،ج٥ ص ٤١٧،مرجع سابق.

(٢) ابن قدامة،المغني،ج٥ ص ٣٥٤، مرجع سابق.

(٣)العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين،البناية شرح الهداية،ج١٠ ص ٢٢٠،ط١،١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان.

(٤) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، ج١٥ ص ٣٣-٣٤،الناشر:دار الفكر.

الفرع الثاني: استقرار الحق في الأجرة

يستقر الحق في الأجرة بالقبض بمجرد العقد إذا اشترط حلولها، وعند حلول الأجل إذا اشترط تأجيلها، وإذا أطلق العقد فالأجرة تستقر بقدر ما تستوفي المنافع. قال العيني:" وتستحق بإحدى معان ثلاثة: إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط، أو باستيفاء المعقود عليه"(١) قال المواق المالكي:" لا يستحق تقديم جزء من الإجارة إلا بالتمكن من استيفاء ما يقابله من المنفعة"(٢) يقول السبكي الشافعي:" فإن استوفى المنفعة استقرت الأجرة،...ولأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع، فإن سلم إليه العين التى وقع العقد على منفعتها ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء استقر البدل"(٣) قال الإمام ابن قدامة المقدسي:" وإذا استوفى المستأجر المنافع، استقر الأجر؛ لأنه قبض المعقود عليه، فاستقر عليه البدل، كما لو قبض المبيع، وإن سلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها، ومضت المدة، ولا حاجز له عن الانتفاع، استقر الأجر وإن لم ينتفع؛ لأن المعقود عليه تلف تحت يده، وهي حقه، فاستقر عليه بدلها "(٤).

الفرع الثالث: استقرار الأجرة إذا أطلقت بقدر المنفعة أم بالعقد نفسه

اتفق الفقهاء أن الأجرة إذا اشترط تعجيلها استقرت بشرط التعجيل، وإذا اشترط تأجيلها تستقر بحلول الأجل، وإذا اشترط تقسيطها استقر الحق بحلول أجل كل قسط، أما إذا أطلق وقت تسليم الأجرة فهل يستقر الحق بالعقد نفسه أم بقدر ما يستوفي من المنافع اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: ذهب الحنفية والمالكية(٥) إلى أن الأجرة تستقر بقدر ما يستوفي من المنافع واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: قال تعالى:" **فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**" (الطلاق ٦)

وجه الدلالة: والفاء للتعقيب فهذا يدل أن استحقاق الأجرة بعد الإرضاع(٦).

---

(١) العيني، البناية، ج١٠ ص ٢٣٣، مرجع سابق.
(٢) المواق المالكي، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٧ ص ٥٨١، ط١ ١٤١٦هـ- ١٩٩٤م، الناشر: دار الكتب العلمية.
(٣) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، ج١٥ ص ٣٣-٣٤،الناشر: دار الفكر.
(٤) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج٥ ص ٣٣٠، مرجع سابق.
(٥) الاختيار، ج٢ ص ٥٥، الذخيرة، ج٥ ص ٣٨٦، مراجع سابقة.
(٦) القرافي، الذخيرة، ج٥ ص ٣٨٦، مرجع سابق.

الدليل الثاني: قال النبي - صلى الله عليه وسلم- (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)(١).

وجه الدلالة: ولو وجبت بنفس العقد لما جاز تأخيره إلا برضاه، والنص يقتضي الوجوب بعد الفراغ، لأن العرق إنما يوجد بالعمل، فدل على أن الاستحقاق بعد العمل (٢).

الدليل الثالث: إن المنفعة لا يمكن استيفاؤها بذات العقد لأنها تحدث شيئا فشيئا، وهي عقد معاوضة فتقتضي المساواة فلا تجب الأجرة بنفس العقد، فإذا استوفى المعقود عليه استحق الأجرة عملا بالمساواة(٣).

الدليل الرابع: إنه عوض في عقد معاوضة محضة، فلم يلزم تسليمه بمجرد العقد دون تسليم المعقود عليه، كالأثمان بالبيوعات(٤).

الرأي الثاني: ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة(٥) إلى أن الحق يستقر في الأجرة بمجرد العقد،واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: قال النبي - صلى الله عليه وسلم - (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)(٦).

وجه الدلالة:إن العامل قد يعرق حين يعمل فيقتضي أن يستحق أخذها قبل إتمام العمل(٧).

الرد: النص يقتضي الوجوب بعد الفراغ، لأن العرق إنما يوجد بالعمل، فدل على أن الاستحقاق بعد العمل.

---

(١) سنن ابن ماجه، باب أجر الأجراء كتاب الرهون،حديث رقم ٢٤٤٣،ج٢ ص٨١٧،تحقيق شعيب الأرنؤوط،دار النشر:الرسالة العالمية،ط١ ١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م.وقال الشيخ الأرناؤوط حسن لغيره.

(٢) الاختيار ج٢ ص٥٥، الذخيرة ج٥ ص٣٨٦.

(٣) الاختيار، ج٢ ص ٥٥.

(٤) محمد البغدادي المالكي،أبو عبد الوهاب بن علي،الإشراف على نكت مسائل الخلاف،ج ٢ ص ٦٥٣، تحقيق: تحقيق: الحبيب بن طاهر، ط١ ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م، الناشر: دار ابن حزم.

(٥) الماوردي،أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، ج٧ ص ٣٩٦، تحقيق: علي محمد معوض – عادل عبد عبد الموجود، ط١ ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.المغني، ج٥ ص ٣٣٠، مرجع سابق.
المقدسي الحنبلي، مرعي بن يوسف، دليل الطالب لنيل المطالب، ج١ ص ١٦٣،تحقيق: نظر محمد الفاريابي، ط١ ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧ ص ٣٩٧،مرجع سابق.

الدليل الثاني: إن البائع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن، والنكاح إذا حصل التمكين وجب تسليم الصداق كذلك الإجارة إذا حصل تسليم المنفعة وجب تسليم الأجرة والمنافع ههنا بالتمكين مقبوضة حكما.

الرد: إن تسليم المنفعة شيئا فشيئا فتكون الأجرة كذلك تسوية بين العوضين، وبه يظهر الفرق بين الإجارة والبيع والنكاح، بل ينقلب قياسهم فتقول: لم يسلم أحد لعوضين فلا يجب عليه تسليم الآخر كالبيع[١].

والذي يترجح بعد دراسة الأدلة، رأي الحنفية والمالكية؛لقوة أدلتهم ودلالة الآية واضحة فرتب الأجرة على الرضاعة بحرف الفاء الذي يفيد الترتيب والتعقيب ومقتضى العقود المساواة بين طرفي العقد، وحتى يستقر الحق في الأجرة لا بد من قبض مقابل المنفعة التي حصلت وإلا كان فيه إجحاف بحق طرفي العقد.

---

(١) القرافي، الذخيرة، ج٥ ص ٣٨٦، مرجع سابق.

المبحث الثالث

استقرار الحق وأثره في عقد الصرف

المطلب الأول: تعريف عقد الصرف

الفرع الأول: الصرف لغة

الصرف لغة: ذكر علماء اللغة عدة تعريفات للصرف في لغة العرب وأبرزها: رد الشيء عن وجهه، صرفه يصرفه صرفا فانصرف، الصرف الحيلة وتصريف الآيات تبيينها، وتصاريف الأمور: تخاليفها[١].

وتجد المعاني اللغوية يجمعها التبديل والتغيير للشيء عن حقيقته التي هو عليها.

الصرف اصطلاحا

تعددت تعريفات الفقهاء لعقد الصرف وسنذكر أبرز تعريف له في كل مذهب من المذاهب الفقهية:

فعرفه الحنفية: وهو بيع جنس الأثمان بعضه ببعض. [٢].

وعرفه المالكية: بيع الذهب بالفضة أو أحدهما بفلوس. [٣].

وعرفه الشافعية: بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره. [٤].

وعرفه الحنابلة: بيع نقد بنقد) اتحد الجنس أو اختلف. [٥].

فنجد التعاريف تبين أن الصرف يشمل بيع الأثمان بعضها ببعض، سواء اتحد جنسها أم اختلف، وتشمل الأوراق النقدية وما عين ثمنا بتعيين الدولة له؛ لأنه يكتسب صفة الثمنية بذلك.

وعقد الصرف في أحكامه يختلف عن أحكام البيع في العقود الأخرى، ولا يجوز فيه التأخير أو الزيادة، وكل واحد من المتعاقدين يصارف صاحبه أي يضايقه.

---

(١)ابن منظور، لسان العرب، ج٩ ص ١٨٩، مرجع سابق.
(٢)الاختيار، ج٢ ص ٣٩، مرجع سابق.
(٣)الخرشي المالكي، محمد بن عبدالله، شرح مختصر خليل للخرشي، ج٥ ص ٣٦.
(٤)مغني المحتاج،ج٢ ص٣٦٩،مرجع سابق.الماوردي،أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، ج٦ ص ٥٥٥، تحقيق: علي محمد معوض – عادل عبد الموجود، ط١ ١٤١٩هـ ١٩٩٩م، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.
(٥)البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٣ ص ٢٦٦، الناشر: دار الكتب العلمية.

المطلب الثاني: شروط صحة عقد الصرف

إن شروط عقد الصرف هي شروط عقد البيع؛لأن الصرف نوع من أنواع البيوع إلا أن الصرف له شروط خاصة يختلف بها عن غيره من البيوع؛ لأن محل العقد في الصرف هو الأثمان سواء كانت من الذهب والفضة أو العملات الورقية والشروط الخاصة لعقد الصرف هي:

الشرط الأول: التقابض في المجلس

ويعتبر هذا الشرط من أهم شروط عقد الصرف؛ إذ إن التأخير في القبض يؤدي إلى ربا النسيئة، فالتأخير في القبض في مجلس العقد يعتبر زيادة، فإذا بيع الذهب بالذهب أو بيع بغير جنسه فيشترط التقابض في مجلس العقد، يقول السمرقندي الحنفي: " وأجمعوا أن في الصرف يشترط قبض البدلين قبل الافتراق بأبدانهما سواء كان عينا كالتبر والمصوغ أو دينا كالدراهم والدنانير"(١).وجاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم:" الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، يدا بيد، فمن زاد، أو استزاد، فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء"(٢).ودلالة الحديث قطعية على وجوب التقابض في مجلس العقد في الصرف وإن اختلف الجنس، ويؤيد ذلك الإجماع الذي نقلناه سابقا، والقبض إما أن يكون حقيقيا أو حكميا يقول الدكتور محمود السرطاوي:" والقبض الحكمي بمنزلة القبض الحقيقي؛ لأن الشرع لم يحدد طريقة معينة للقبض، فيرجع فيه لما تعارف عليه الناس بما يحصل من التمكن من التصرف الذي هو الغرض من القبض ويتعلق به الضمان "(٣).ونلحظ أن الثمن والمثمن سواء في التأخير، فتأخير أي منهما يؤدي إلى ربا النسيئة الذي أجمع الفقهاء على تحريمه، ويدخل في ذلك الأوراق النقدية التي يصبح لها قيمة بتعيين الدولة واعتبارها لها.

الشرط الثاني: خلو عقد الصرف من خيار الشرط

إن وجود الخيارات في العقود يمنع من استقرارها؛ لأن العقود لا تستقر إذا لم تحمل صفة اللزوم، وعقد الصرف حتى يصح لا بد من خلوه من الخيارات وإلا كان باطلا؛ ومقتضى عقد الصرف التقابض في مجلس العقد دون رجوع والخيار يمنع ذلك. وذهب جمهور الفقهاء من الأئمة

---

(١) السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، ج٢ ص ١٠، ط٢ ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م،الناشر: دار الكتب العلمية – لبنان.

(٢) صحيح مسلم، كتاب الربا، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، ج ٣ ص ١٢١١، حديث رقم ١٥٨٤.

(٣) السرطاوي، محمود علي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، ص ٢٩، ط١ ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، الناشر: دار الفكر – عمان.

الأربعة [١].إلى عدم جواز خيار الشرط في عقد الصرف،ووجود خيار الشرط يؤدي إلى بطلان عقد الصرف؛ لأن عقد الصرف من مقتضياته تعجيل القبض، والخيار يمنع ذلك

الشرط الثالث: أن يكون خاليا عن الأجل لهما أو لأحدهما

يقول الإمام الكاساني:" إن شرطاه لهما أو لأحدهما فسد الصرف؛ لأن قبض البدلين مستحق قبل الافتراق، والأجل يعدم القبض فيفسد العقد، فإن أبطل صاحب الأجل أجله قبل الافتراق فنقد ما عليه ثم افترقا عن تقابض ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر وهاتان الشريطتان على الحقيقة فرعيتان لشريطة القبض إلا أن إحداهما تؤثر في نفس القبض والأخرى في صحته"[٢].

وعند النظر نجد أن شرط خلو العقد من خيار الشرط، والخلو من الأجل هما فرعا القبض، ولا يمكن للقبض أن يتحقق بوجودهما، ولكن الخيار مانع من القبض فكان لا بد من إفراده، إذ إنه يؤثر في حقيقة القبض، ووجود الأجل يمنع صحة عقد الصرف أصلا.

الشرط الرابع: التماثل عند اتحاد الجنس.

إن أسباب فساد العقود الربا والغرر وتحريم عين المبيع وما يؤدي إلى هذه الأسباب، فإذا بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة وجب التماثل؛لأن التفاوت بينهما يؤدي إلى الربا فمنع الشرع ذلك، يقول الإمام السنيكي:" والربويات بعلة واحدة،إن اتحد جنسهما كبيع الذهب بالذهب والحنطة بالحنطة، حرم فيهما التفاضل والنساء، بفتح النون والمد أي الأجل"[٣].

وقد نصت المعايير الشرعية على هذه الشروط فنصت الفقرات على الآتي:

الفقرة أ:"أن يتم التقابض قبل تفرق العاقدين سواء أكان القبض حقيقيا أم حكميا"

الفقرة ب:" أن يتم التماثل في البدلين الذين هما من جنس واحد ولو كان أحدهما عملة ورقية والآخرعملة معدنية مثل الجنيه الورقي والجنيه المعدني للدولة نفسها"

الفقرةج:"أن لا يشتمل العقد على خيار الشرط أو أجل تسليم أحد البدلين أو كليهما"[٤].

---

(١) الجويني، عبد الملك بن عبد الله،نهاية المطلب في دراية المذهب، ج٥ ص ٣٢، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، ط١ ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م،الناشر: دار المنهاج. الذخيرة، ج٥ ص ٣، مرجع سابق.بدائع الصنائع، ج٥ ص ٢١٩، مرجع سابق.المغني ج٤ ص ٣، مرجع سابق.
(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥ ص ٢١٩، مرجع سابق.
(٣) السنيكي، زكريا بن محمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج٢ ٢٢، الناشر:دار الكتاب الإسلامي
(٤) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص٤ – المعيار الأول، ١٤٣١هـ- ٢٠١٠م، المنامة البحرين.

المطلب الثالث: الاستقرار في عقد الصرف

الفرع الأول: استقرار الحق في عقد الصرف

يجب الحق في عقد الصرف بالعقد نفسه، ويستقر بالتقابض والتماثل والحلول في مجلس العقد إذا اتحد الجنس، وبالحلول والتقابض إذا اختلف الجنس قبل تفرق العاقدين، خاليا من خيار الشرط.قال الإمام ابن قدامة:" القبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا، أن الصرف فاسد".[١].قال الإمام السرخسي:" والحكم الذي يختص به الصرف من بين سائر البيوع وجوب قبض البدلين في المجلس، وأنه لا يكون فيه شرط خيار أو أجل"[٢].

الفرع الثاني.آثار الاستقرار في عقد الصرف

المسألة الأولى: بيع الذهب والفضة بالتقسيط

كانت المجتمعات البشرية تعتمد على نظام المقايضة للبيع والشراء، ثم تحولوا إلى النظام النقدي، كل حسب ما يتوافر عنده كالإبل عند العرب، ثم استخدموا المعادن كالحديد والنحاس، ثم اعتمد الذهب والفضة حتى القرن التاسع عشر، ثم الأوراق النقدية وهي تستمد قوتها من الدولة لا من ذاتها، وما زال الذهب أداة لتسوية الديون ووسيلة لاختزان القيم، واحتياطي للبنوك والحكومات، وعندما بعث النبي صلى الله عليه وسلم، كان الناس يتعاملون بالدنانير الذهبية. [٣]. وفي زماننا أصبح الناس يتعاملون بالأوراق النقدية، فهل يجوز شراء حلي الذهب بالتقسيط، أي أن يتم استلام الذهب من المشتري ويدفع قيمته على أشهر يتفق عليها هو البائع أجمع العلماء على عدم جواز بيع الذهب بجنس الأثمان نسيئة، ومعلوم أن الذهب والأوراق النقدية بينهما جامع الثمنية،قال الإمام ابن حزم الظاهري:"واتفقوا أن بيع الذهب بالذهب بين المسلمين نسيئة حرام وأن بيع الفضة بالفضة نسيئة حرام"[٤].،قال الإمام ابن هبيرة:" فأجمع المسلمون على أنه لا يجوز بيع الذهب بالذهب منفردا، أو الورق بالورق تبرها ومضروبها وحليها إلا مثلا بمثل، وزنا بوزن، يدا بيد، وأنه لا يباع شيء منها غائب بناجز".[٥]. ونقل الإمام ابن قدامة المقدسي الإجماع على بطلان

---

(١) المغني، ج٤ ص ٤١، مرجع سابق.

(٢) السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، ج١٤ ص ٣، ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م،الناشر: دار المعرفة – بيروت.

(٣) الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار، السرطاوي ص ١٩، مرجع سابق.السالوس،علي أحمد، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة،ص ٥٠٣، ط١ ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م الناشر:دار الثقافة – الدوحة.

(٤) ابن حزم الظاهري، علي بن أحمد، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات،ص ٨٤، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت.

(٥) ابن هبيرة، يحيى بن هبيرة بن محمد، اختلاف الأئمة العلماء، ج١ ص ٣٥٨، ط١ ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م، الناشر: دار الكتب العلمية – لبنان - بيروت.

الصرف، إذا لم يتم التقابض في مجلس العقد،فقال:" والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا، أن الصرف فاسد".[١].

والنصوص في تحريم بيع الذهب بالتقسيط واضحة في التحريم قال النبي صلى الله عليه وسلم:"لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائبا بناجز»[٢] قال الإمام ابن حجر العسقلاني:" ويدخل في الذهب جميع أصنافه من مضروب ومنقوش وجيد ورديء وصحيح ومكسر وحلي وتبر وخالص ومغشوش ونقل النووي تبعا لغيره في ذلك الإجماع"[٣].

وخالف الإجماع في هذه المسألة، شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم يقول الإمام ابن القيم:" وأين هذا من الحاجة إلى بيع المصوغ الذي تدعو الحاجة إلى بيعه وشرائه؟ فلم يبق إلا جواز بيعه كما تباع السلع؛ فلو لم يجز بيعه بالدراهم فسدت مصالح الناس والنصوص الواردة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ليس فيها ما هو صريح في المنع، وغايتها أن تكون عامة أو مطلقة، ولا ينكر تخصيص العام وتقييد المطلق بالقياس الجلي، وهي بمنزلة نصوص وجوب الزكاة في الذهب والفضة"[٤] ومبنى الفتوى عندهم أن الحلي الذهبية والفضية من جنس السلع لا من جنس الأثمان،ويبنى على هذا جواز بيعها تقسيطا كالسلع العادية، ومعلوم ضعف هذا القول؛ لمخالفته للإجماع الذي نقلناه فلا يعتبر رأيا مستقلا، بل هو رأي غير معتبر عند أهل العلم، والمال والذهب يشتركان في الثمنية، وهي علة الربا فلا يجوز بيع أحدهما مؤجلا للمخالفة الصريحة للنصوص الشرعية الواردة في وجوب التقابض في مجلس العقد، ولم نفرد هذا الرأي مستقلا؛ لمخالفته إجماع علماء الأمة والصنعة في الذهب والفضة لا تخرجها عن الثمنية، فيستقر الحق بالتقابض في مجلس العقد قبل تفرق العاقدين خاليا من خيار الشرط، والقول بخلاف ذلك، يؤدي إلى الفوضى وعدم الاستقرار النقدي وعدم الاستقرار في العقد.

---

(١) المغني، ج٤ ص٤٤، مرجع سابق. **رجعت إلى كتاب الإجماع لابن المنذر فلم أجد هذه العبارة.**

(٢) صحيح البخاري، باب البيع والشراء مع النساء، باب بيع الفضة بالفضة، ج٣ ص ٧٤، رقم الحديث: ٢١٧٧، مرجع سابق.

(٣) ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج٤ ص ٣٨٠، رقم كتبه وأبوبه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار المعرفة – بيروت ١٣٧٩هـ.

(٤) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج٢ ص ١٠٨، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط١ ١٤١١هـ - ١٩٩١م،الناشر: دار الكتب العلمية.

المسألة الثانية: المتاجرة بالعملات

إن العملة الورقية تعتبر نقدا قائما بذاته فيها صفة الثمنية، كالذهب والفضة وقد حصلت الثقة بالعملة الورقية، فأصبحت وسيطا للتبادل بين الناس، فتجري عليها أحكام الذهب والفضة كوجوب الزكاة إذا بلغت النصاب، وجريان أحكام الربا فيها، وإلا نتج عن ذلك تعطيل فريضة الزكاة وإباحة الربا، إذا لم نتعامل معها كثمن له قيمته، ومن المسائل المعاصرة في ذلك المتاجرة بالعملات وهي تفترق عن بيع العملات، بأن المتاجرة يقصد بها الربح عند الشراء، أما البيع فالمراد الانتفاع بالعملة؛ للحاجة إليها، وجاء تعريف المتاجرة بالعملات بأنها: شراء العملات لبيعها بقصد الربح(١).

وبيع العملة والمتاجرة بها، يخضع لأحكام الصرف. واعتبار العملة كعقد الصرف، حديث النبي صلى الله عليه وسلم:" الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، يدا بيد، فمن زاد، أو استزاد، فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء" وحديث النبي صلى الله عليه وسلم:"لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائبا بناجز»(٢).

وهذان الحديثان صريحان في أن الذهب جنس والفضة جنس، وقد صدرت من الجهات الفقهية بمقتضى الحكم الشرعي المقرر لدى الفقهاء، بكون الدنانير جنسا مختلفا عن الدراهم، وقاس فقهاء العصر العملات الورقية والمعدنية على العملات الذهبية والفضية، المنصوص عليها في الأحاديث الصحيحة، وأن كل عملة بلد تعتبر جنسا آخر غير عملة البلد الآخر؛ لأنها تعتبر نقودا اعتبارية طبقا لقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، فتختلف من حيث الجنس تبعا لجهة اعتبارها نقدا(٣).

وبناء عليه يستقر الحق في المتاجرة بالعملات، بالتقابض والتماثل والحلول في مجلس العقد إذا اتحد الجنس، وبالحلول والتقابض إذا اختلف الجنس قبل تفرق العاقدين، خاليا من خيار الشرط.

---

(١)هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص١٢المعيار الأول – التعريفات، ١٤٣١هـ- ٢٠١٠م،المنامة البحرين.

(٢)سبق تخريجهما، ص ٧٥.

(٣)هيئة المحاسبة،ص٩، ملحق ب، مستند الأحكام الشرعية.

فإذا بيع مائة دينار أردني ورقي، بمائة دينار أردني معدني فحتى يستقر الحق لطرفي العقد، يكون القبض والتماثل والحلول في مجلس العقد، وإذا بيع مائة دينار أردني بخمسمائة ريال سعودي، يستقر الحق بالحلول والتقابض في مجلس العقد.

وهناك شرط لا بد أن تضاف في مسألة المتاجرة بالعملات، غير الذي سبق ذكره في عقد الصرف، وهو أن لا يكون المقصود ببيع العملات الاحتكار أو إلحاق ضرر بالأفراد أو المجتمعات؛ فالنقود لها وظائف من أهمها أنها أداة من أدوات السياسة النقدية، فهناك علاقة طردية بين التغير في سعر الصرف والتغير في مستوى الأسعار، فارتفاع سعر الصرف يؤدي إلى انخفاض القيمة الشرائية للعملة، مما يؤثر على مستوى الأسعار المحلية ويؤدي إلى التضخم خاصة في الاقتصاديات النامية التي تعتمد على الاستيراد بشكل كبير،لذا فإن محاربة التضخم هو أحد الأسباب التي تدعو الدولة للتدخل في سوق العملات للمحافظة على سعر صرف عملتها.(١).

وقد نصت المعايير الشرعية على هذا الشرط:"أن لا تكون عملية المتاجرة بالعملات بقصد الاحتكار، أو بما يترتب عليه ضرر بالأفراد أو المجتمعات"(٢).

---

(١) الضوابط المعيارية، السرطاوي، ص٢١، مرجع سابق.

(٢) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص٤المعيار الأول – التعريفات، ١٤٣١هـ- ٢٠١٠م،المنامة البحرين.

المبحث الرابع

استقرار الحق وأثره في عقد السلم

المطلب الأول: تعريف السلم لغة واصطلاحا

الفرع الأول: السلم لغة

السلم والسلف بمعنى واحد، وتأتي بمعنى الإقراض، وذهب بعضهم إلى أن السلف أعم من السلم، والسلم فيه معنى التسليم لشيء، والمراد تسليم الثمن في مجلس العقد وتعجيله، يقول ابن منظور:" يقال سلفت وأسلفت تسليفا وإسلافا وأسلمت بمعنى واحد، والاسم السلف، قال: وهذا هو الذي تسميه عوام الناس عندنا السلم"(١) يقول الكجراتي: "يقال: سلفت وأسلفت وإسلافًا والاسم السلف وهو على وجهين: أحدهما قرض لا منفعة فيه للمقرض غير الأجر والشكر، والثاني أن يعطى مالا في سلعة إلى أجل معلوم بزيادة في السعر الموجود عند السلف وهو السلم"(٢).

السلم اصطلاحا

تعددت تعريفات الفقهاء للسلم، وترجع كلها إلى تعجيل الثمن وتأجيل المبيع، وهوبيع أجيز على خلاف الأصل، ويسمى بيع المحاويج أو المفاليس، وغالبا ما يباع المبيع،بأقل من ثمنه الأصلي؛ لحاجة البائع إلى المال، ويسمى المشتري مسلما أو رب سلم، ويسمى البائع مسلما إليه، والمبيع هو المسلم فيه، والثمن هو رأس مال السلم، جاء في التعريفات في تعريف السلم:" اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلًا، وللمشتري في الثمن آجلًا، فالمبيع يسمى مسلمًا به، والثمن، يسمى: رأس المال، والبائع يسمى: مسلمًا إليه. والمشتري يسمى: رب السلم"(٣).

وعرفه الحنفية بأنه:" قبض رأس المال في بيع الدين بالعين"(٤).

وعرفه المالكية بأنه:" عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين"(٥).

---

(١) لسان العرب، ج٩ ص ١٥٩، مادة سلم، مرجع سابق.
(٢) الكجراتي، جمال الدين محمد طاهر، مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، ج٣ ص ١٠٠ مادة سلف، ط٣ ١٣٨٧هـ- ١٩٦٧م، الناشر: مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية.
(٣) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية،ص ١٢٠، تحقيق:عدنان درويش- محمد المصري، الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت.
(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥ ص ٢٠١، مرجع سابق.
(٥) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤ ص ٥١٤، مرجع سابق.

وعرفه الشافعية بأنه:" وهو أن يسلف عوضًا حاضرًا في عوض موصوف في الذمة"[١].

وعرفه الحنابلة بأنه:" أن يسلم عيناً حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل"[٢].

الفرع الثاني: شروط عقد السلم

إن الإسلام لم يجز بيع المعدوم، والسلم بيع معدوم فأجيز على خلاف الأصل؛ لمصلحة الناس حتى لا يقعوا في الحرج، والمسلم فيه موصوف في الذمة وليس عينا معينة، فكان له شروط خاصة تختلف عن البيع المطلق وهي:

أولا: أن يكون المسلم فيه مما يمكن وصفه بالضبط، وهي الأموال التي تقبل الثبوت في الذمة، وهي المثليات من مكيل أو موزون أو مذروع أو معدود متقارب.

ثانيا: أن لا يؤدي عقد السلم إلى حصول الربا.

ثالثا: أن يكون المسلم فيه مؤجلا معلوم الأجل.

رابعا: أن يكون المسلم فيه مقدور التسليم عند حلول الأجل.

خامسا: تعيين مكان تسليم المسلم فيه[٣].

سادسا: أن يكون المبيع من الأموال التي تقبل الثبوت في الذمة.

سابعا: أن يكون مما يوجد في الأسواق عند المحل (وقت حلول الشيء من دين ونحوه).

ثامنا: لا يصح فيه خيار الشرط؛ لأنه يؤدي إلى عدم دفع الثمن في مجلس العقد، إذ يجعل العقد غير مبتوت فيه ويؤخر ثبوت حكمه، ولا يجوز فيه خيار النقد؛ لأنه يقتضي تأخير دفع الثمن إلى الأجل المضروب فيه، والثمن في السلم يجري فيه خيار الرؤية، إذا كان عينا معينة قيمية أو مثلية، أما المسلم فيه فلا يثبت فيه خيار الرؤية؛ لأن هذا الخيار يجري فيما يملكه الإنسان دين في الذمة لعدم فائدته فيه؛ لأن ثمرته في الأصل هو رد المبيع الغائب عند رؤيته إذا لم يعجب المشتري، وإن المسلم فيه ليس عينا معينة بل دين في الذمة يقضى بأمثاله... ويكتفى بوصف المبيع اللازم بيانه لصحة السلم فيقوم مقام المعاينة[٤].

---

(١) العمراني، يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج٥ ص ٣٩٤، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط١ ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م، الناشر: دار المنهاج – جدة.

(٢) ابن قدامة المقدسي، عبدالله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢ ص ٦٢، ط١ ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م، الناشر: دار الكتب العلمية.

(٣) السرطاوي، الضوابط المعيارية، ص ٦٧ – ٧٠، مرجع سابق.

(٤)الزرقا، عقد البيع، ص ١٤٨، مرجع سابق.

يقول الإمام القدوري الحنفي: " السلم جائز في المكيلات والموزونات والمعدودات، التي لا تتفاوت كالجوز والبيض وفي المذروعات، ولا يجوز السلم في الحيوان ولا في أطرافه ولا في الجلود عددا، ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزاولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا، من حين العقد إلى حين المحل ولا يصح السلم إلا مؤجلا، ولا يجوز إلا بأجل معلوم... ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط تذكر العقد: جنس معلوم، ونوع معلوم وصفة معلومة، وأجل معلوم، ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان مما يتعلق العقد على قدره؛ كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوافيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة "(١).

المطلب الثاني: استقرار الحق في عقد السلم

الفرع الأول: استقرار الحق في الثمن

يجب الحق للبائع في الثمن بمجرد العقد، ويستقر الحق في الثمن عند تسليم المسلم فيه، مع اشتراط قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، يقول الإمام القدوري الحنفي: " ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه "(٢). يقول ابن الحاجب عند كلامه عن شروط الثمن في السلم: "تسليم جميع الثمن خوف الدين بالدين ويجوز اليوم واليومين بالشرط وفيها وثلاثة " (٣) يقول الإمام النووي: " يشترط في السلم تسليم رأس المال في مجلس العقد "(٤) قال الإمام البهوتي: " من شروط السلم أن يقبض رأس ماله...للمسلم (أن يقبض) المسلم إليه أو وكيله (رأس ماله) أي: السلم (في مجلس العقد) قبل التفرق "(٥).

عند النظر في النصوص السابقة يتبين أن هناك أمرا زائدا عن أصل العقد، كي يحصل الاستقرار في رأس مال السلم وهو القبض في مجلس العقد، وأجاز المالكية تأخير تسليم رأس المال في السلم يومان أو ثلاثة خلافا لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة الذين اشترطوا تسليم رأس مال السلم للبائع في مجلس العقد قبل التفرق.ولعل أوضح ما ذكر في استقرار الثمن بقبضه، ما ذكره السيوطي: "وجميع الديون التي في الذمة بعد لزومها وقبض

---

(١) القدوري، أحمد بن محمد، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، ص ٨٨، تحقيق:كامل عويضة، ط١ ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، الناشر: دار الكتب العلمية.

(٢)القدوري، أحمد بن محمد، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، ص ٨٨، تحقيق:كامل عويضة، ط١ ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، الناشر: دار الكتب العلمية.

(٣)ابن الحاجب، الكردي المالكي، جامع الأمهات، ج١ ص ٣٧٠.

(٤)النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٣ ص ٣٦٤، تحقيق: زهير الشاويش، ط٣ ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، الناشر:ـ المكتب الإسلامي عمان.

(٥)البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٣ ص ٣٠٤، الناشر: دار الكتب العلمية. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، ج٤ ص ١٨٦، ط١ ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

المقابل لها: مستقرة إلا دينا واحدا: هو دين السلم، فإنه وإن كان لازما فهو غير مستقر وإنما كان غير مستقر؛ لأنه بصدد أن يطرأ انقطاع المسلم فيه. فينفسخ العقد، فمعنى الاستقرار في الديون اللازمة من الجانبين: الأمن من فسخ العقد، بسبب تعذر حصول الدين المذكور؛ لعدم وجود جنسه: وامتناع الاعتياض عنه. وذلك مخصوص بدين السلم: دون بقية الديون. وأما دين الثمن بعد قبض المبيع، فإنه أمن فيه الفسخ المذكور، وإن تعذر حصوله بانقطاع جنسه جاز الاعتياض عنه، وكذا الفسخ بسبب رد بعيب، أو إقالة، أو تحالف "[١].

الفرع الثاني: استقرار الحق في المسلم فيه.

ويجب الحق للمشتري في المسلم فيه (المبيع) بمجرد العقد، ويستقر الحق للمشتري في المسلم فيه (المبيع) بقبضه عند حلول الأجل. يقول الإمام المرغيناني الحنفي: " ولا يجوز السلم إلا مؤجلا، ولا يجوز إلا بأجل معلوم "[٢] يقول الإمام القرافي: " واشترط استقرار المسلم فيه من حين العقد إلى زمان التسليم لاحتمال موت البائع فيحل السلم بموته "[٣] قال شارح منهج الطلاب: " ولو أسلم نصاب نقد في زكوي وأقبضه وتم حول قبل قبض المسلم فيه فعلى المسلم إليه زكاة رأس المال لاستقرار ملكه بقبضه "[٤] قال ابن قدامة المقدسي: " كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسلم المسلم فيه إلا في وقته "[٥]

إن الديون التي في الذمة تستقر بقبض المقابل لها، إلا دين السلم فلا يستقر بذلك؛ لأن المسلم فيه عرضة للانقطاع، فيستقر بقبضه عند حلول الأجل، فإذا قبض المسلم فيه انتهت العلاقة بين المتعاقدين.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على استقرار السلم

المسألة الأولى: التصرف في المسلم فيه قبل قبضه

إن رب السلم يجب حقه في المسلم فيه بمجرد العقد، ويستقر حقه في المسلم فيه بقبضه عند حلول الأجل، فهل يجوز لرب السلم أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه ؟

---

(١)السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، ص ٣٢٦، ط١ ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، الناشر: دار الكتب العلمية.
(٢) المرغيناني، علي بن أبي بكر، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، ج١ ص ١٤١، الناشر: مكتبة ومطبعة محمد علي صبح - القاهرة.
(٣) القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، ج٥ ص ٢٥٧، ط١ ١٩٩٤م، الناشر: دار الغرب الإسلامي – بيروت.
(٤) الجمل، سليمان بن عمر، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهاج الطلاب، ج٢ ص ٢٩٦، الناشر: دار الفكر.
(٥) المغني، ج٥ ص ٣٥٠، مرجع سابق.

اختلف الفقهاء في جواز بيع المسلم فيه قبل استقراره على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه واستدلوا بأدلة منها [١]:

الدليل الأول: إن المسلم فيه مبيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي - صلى الله عليه وسلم – (نهى عن بيع ما لم يقبض)[٢]

الدليل الثاني: إن العين أقبل للتصرف من الدين ثم المبيع العين إذا كان منقولا لا يجوز التصرف فيه قبل القبض؛ لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف فإذا كان دينا أولى [٣]

الدليل الثالث: إن المسلم فيه مبيع، والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز [٤]

الرأي الثاني: ذهب فقهاء المالكية إلى جواز بيع العرض المسلم فيه قبل قبضه من بائعه بمثل ثمنه أو أقل لا أكثر، ويجوز بيعه من غير بائعه بالمثل وأقل وأكثر يدا بيد ولا يجوز بالتأخير. واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: يجوز بيعه من بائعه بمثل ثمنه أو أقل لأكثر؛ لأنه يتهم في الأكثر بسلف جر منفعة.

الدليل الثاني: يجوز بيعه من غير بائعه بالمثل وأقل وأكثر، يدا بيد ولا يجوز بالتأخير؛ للغرر لأنه انتقال من ذمة إلى ذمة ولو كان البيع الأول نقدا لجاز [٥]

---

(١)ابن قدامة المقدسي،عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، الشرح الكبير على متن المقنع، ج٤ ص١ ٣٤١، الناشر: دار الكتاب العربي لبلنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.
المبسوط، ج١٢ ص ١٦٣، المجموع ج١٣ ص ١٥٣،

(٢)صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك حديث رقم ٢١٣٥، ج٣ ص ٦٨، تحقيق:محمد زهير الناصر، الناشر: دار طوق النجاة ط١ ١٤٢٢هـ.
(٣)المبسوط، ج١٢ ص ١٦٣، مرجع سابق.
(٤)الاختيار، ج٢ ص ٣٨، مرجع سابق.
(٥)ابن جزي الكلبي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ص ١٧٨.
وهذه المسألة يقال فيها ما ذكر في بيع المبيع قبل قبضه،فالأدلة التي استدل بها الجمهور لا تفترق كثيرا عن الأدلة التي ذكرت في بيع المبيع قبل قبضه وأدلة المالكية بالجواز، لا تفترق عن الذي ذكر في بيع المبيع قبل قبضه، بل إن رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة هنا أقوى؛ لأنه معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يصح، كما لو كان بلفظ البيع ولأنهما نوعا بيع فلا يجوز فيه السلم قبل قبضه كالنوع الآخر، ومعلوم أن المسلم فيه غير مستقر لأنه عرضة للفسخ، مما يقوي رأي الجمهور.

المبحث الخامس

استقرار الحق وأثره في عقد الاستصناع

المطلب الأول: تعريف الاستصناع لغة واصطلاحا

الفرع الأول: الاستصناع لغة: الصناعة حرفة الصانع وهو الذي يعمل بيده...واستصنعه خاتما: معدى إلى مفعولين معناه طلب منه أن يصنعه، واصطنع عنده صنيعة إذا أحسن إليه[١] والصناعة: حرفة الصانع، وعمله الصنعة. والصناعة: ما تستصنع من أمر[٢]

تعريف الاستصناع اصطلاحا

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الاستصناع عقد تابع للسلم، ولم يعتبروه عقدا مستقلا، واشترطوا فيه ما يشترط لعقد السلم من شروط كتسليم الثمن في مجلس العقد عند الشافعية والحنابلة، وجواز تأخيره إلى يومين أو ثلاثة عند المالكية، واعتبر الحنفية عقد الاستصناع عقدا مستقلا فعرفوه بتعريفات منها ما ذكره السمرقندي بقوله: "عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع" [٣] وكان تعريف الكاساني قريبا منه غير أنه ذكر خلافا في التكييف الفقهي للاستصناع هل هو مواعدة أم بيع فقال: " فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع، وقال بعضهم: هو بيع، لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح؛ بدليل أن محمدا - رحمه الله - ذكر في جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون في العدات، وكذا أثبت فيه خيار الرؤية، وأنه يختص بالبياعات، وكذا يجري فيه التقاضي، وإنما يتقاضى فيه الواجب لا الموعود "[٤] وعرفه ابن عابدين: " طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص" [٥] وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٤) بقولهم:" طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص"[٦] فعقد الاستصناع يكون فيما تدخله الصنعة وتخرجه عن حالته الطبيعية، ويجوز في صنع أشياء بأوصاف خاصة يريدها المستصنع شريطة أن يكون مما ينضبط بالوصف.

---

(١) المطرزي، ناصر بن عبد السيد، المغرب في ترتيب المعرب، ج١ ص٢٧٣.
(٢) لسان العرب، ج٨ ص ٢٠٩، مرجع سابق.
(٣) تحفة الفقهاء، ج٢ ص ٣٦٢، مرجع سابق.
(٤) بدائع الصنائع، ج٥ ص٢، مرجع سابق.
(٥) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، ج٥ ص ٢٢٣،ط٢ ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، الناشر: دار الفكر – بيروت.
(٦) مجلة الأحكام العدلية،لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ص ٣١، تحقيق:نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

وعقد الاستصناع كالسلم لأنهما بيع معدوم، إلا أن السلم يعجل فيه الثمن والاستصناع لا يشترط فيه تعجيل الثمن، والباعث على عقد السلم الحاجة للمال، والباعث على عقد الاستصناع رغبة وحاجة المستصنع.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالاستصناع

إن عقد الاستصناع لا بد له من توافر أركانه وهي العاقدان والمعقود عليه والإيجاب والقبول وعقد الاستصناع له شروط خاصة تختلف عن غيره من العقود ذكرها الكاساني بقوله: " وأما شرائط جوازه فمنها بيان جنس المصنوع، ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه لا يصير معلوما بدونه ومنها أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد...ونحو ذلك ومنها أن لا يكون فيه أجل، فإن ضرب للاستصناع أجلا؛ صار سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد: هذا ليس بشرط، وهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلا أو لم يضرب "(١)

ويتبين من النص السابق أن أهم شروط الاستصناع الخاصة:

أولا: بيان أوصاف المصنوع بيان يزيل الجهالة، كنوعه وقدره وصفته.

ثانيا: أن تكون مما جرى العرف بالتعامل بها بين الناس.

ثالثا: أن يحدد فيه الأجل فالعقود الواردة على العمل لا بد من تحديد الأجل؛ دفعا للنزاع ومن مبادئ العقود في الإسلام الوضوح ودفع النزاع والخصومات، بل إن تحديد الأجل من أكثر أسباب الاستقرار في المصنوع، إذ إن غاية المستصنع الحصول على السلعة في موعدها.

وحصل خلاف بين أبي حنيفة – رحمه الله تعالى - والصاحبين في تحديد الأجل فرأى الإمام أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – أن عقد الاستصناع لا يضرب فيه أجل وإلا كان سلما ورأى الصاحبان أن الأجل إذا ضرب يبقى استصناعا ضرب فيه أجل أم لم يضرب يقول الإمام الكاساني: " واستدل الإمام أبو حنيفة – رحمه الله تعالى - أنه إذا ضرب فيه أجلا؛ فقد أتى بمعنى السلم؛ إذ هو عقد على مبيع في الذمة مؤجلا، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ ألا ترى أن البيع ينعقد بلفظ التمليك، وكذا الإجارة، وكذا النكاح على أصلنا (ولهذا) صار سلما فيما لا يحتمل الاستصناع - كذا هذا - ولأن التأجيل يختص بالديون؛ لأنه وضع لتأخير المطالبة وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة، وليس ذلك إلا السلم؛ إذ لا دين في الاستصناع ألا ترى أن

---

(١) بدائع الصنائع، ج٥ ص ٣، مرجع سابق.

لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ؟ ثم إذا صار سلما؛ يراعى فيه شرائط السلم فإن وجدت صح، وإلا فلا "[١]

واستدل أبو يوسف ومحمد بن الحسن: "إن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة؛ فلا يخرج به عن كونه استصناعا، أو يقال: قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل؛ فلا يخرج العقد عن موضوعه، مع الشك والاحتمال، بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع؛ لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل؛ فتعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين، وذلك بالسلم "[٢]

والذي يبدو أن رأي الصاحبين أقرب إلى مبادئ العدل في الإسلام، وأبعد عن الغرر الذي نهى عنه الشارع الحكيم، وأبعد عن النزاع والخصومات، وتحديد الأجل يؤدي إلى الاستقرار في المستصنع باستلامه في الأجل المحدد، والالتزام بالمواعيد من المبادئ التي دعت إليه الشريعة كي لا يحدث النزاع بين المتعاقدين.

---

(١) بدائع الصنائع، ج٥ ص ٣، مرجع سابق.
(٢) بدائع الصنائع، ج٥ ص ٣، مرجع سابق.

المطلب الثاني: استقرار الحق في عقد الاستصناع

الفرع الأول: استقرار الحق في المصنوع

يجب الحق للمستصنع في المصنوع بمجرد العقد، فيجبر الصانع على عمل العين الموصوفة في الذمة والمستصنع على أخذه إذا توافرت الشروط، ويستقر بتسليمه حسب الشروط والوقت المتفق عليه.

قال صاحب المحيط البرهاني: " وقال أبو يوسف رحمه الله أولاً: يجبر المستصنع دون الصانع وهو رواية عن أصحابنا رحمهم الله، ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال: لا خيار لواحد منهما بل يجبر الصانع على العمل ويجبر المصنوع على القبول، وجه ما وري عن أبي يوسف: أنه يجبر كل واحد منهما، أما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر عليه وأما المستصنع؛ فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع؛ لأنه عسى لا يشتريه غيره منه أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن البائع" [1]. وتبنت مجلة الأحكام العدلية هذا الرأي فجاء في المادة ٣٩٢ ما نصه: "وإذا انعقد الاستصناع ; فليس لأحد العاقدين الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرا "[2] إن المعقود عليه في الاستصناع العين الموصوفة في الذمة، فالصانع تنشغل ذمته بصنع الشيء المطلوب صنعه، ويستقر حق المستصنع بتسلمه في الوقت المحدد، أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فيرون عقد الاستصناع جزءا من السلم.

الفرع الثاني: استقرار الحق في الثمن.

يجب الحق للصانع في الثمن بمجرد العقد، ويستقر الحق في الثمن حسب اتفاق المتعاقدين، إما معجلا أو مؤجلا أو مقسطا.

وتبنت مجلة الأحكام العدلية هذا الرأي فجاء في المادة ١٩٢: " لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالا أي وقت العقد "[3].

وبهذا يفترق عقد الاستصناع عن السلم؛ لأن تعجيل الثمن ليس من شروطه، وإنما أضيف قيد اتفاق المتعاقدين؛ لأن النصوص الشرعية أمرت بالوفاء بالعقود، والمسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا.

وهذا ما أخذت به المعايير الشرعية في المعيار ٣ / ٢ / ٢ حيث جاء فيه: " يجوز تأجيل ثمن الاستصناع، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة، أو تعجيل دفعة مقدمة وتسديد باقي

---

(١) ابن مازة، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج٧ ص ١٣٦-١٣٧، تحقيق: عبد الكريم الجندي، ط١ ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

(٢) مجلة الأحكام العدلية،لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ص ٧٦، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

(٣) المرجع السابق، ص ٧٦.

الثمن على دفعات متوافقة مع مواعيد التسليم لأجزاء من المصنوع، ويجوز ربط الأقساط بمراحل الإنجاز إذا كانت تلك المراحل منضبطة في العرف ولا ينشأ عنها نزاع " [١].

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على استقرار الحق في عقد الاستصناع

المسألة الأولى: الاستصناع الموازي.

إن الآثار المترتبة على عقد الاستصناع هي الآثار المترتبة على عقد السلم، بناء على أن عقد الاستصناع فرع للسلم على رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وخالف في ذلك فقهاء الحنفية فاعتبروه عقدا مستقلا.

ومن المسائل المعاصرة التي يتم بحثها الاستصناع الموازي، بصفته عقد يؤدي لتحقيق الأرباح للمصارف الإسلامية، ويساهم في تمويل المشروعات للمستثمرين أيضا، ويفتح آفاقا اقتصادية واسعة، ونجد أن عقد الاستصناع الموازي فيه ثلاثة أطراف المصرف والعميل والمقاول، فيأتي العميل لشراء السلعة الصناعية من المصرف، فيعتبر المصرف صانعا والعميل مستصنع ويكون العقد مستقلا استقلالا تاما عن عقد المصرف مع المقاول، إذ إن علاقة المصرف بالمقاول تتكون بعقد جديد، فيعتبر المصرف مستصنع والمقاول صانع، فالمقاول عقد مواز لعقد الاستصناع الأول.

وقد جاءت صورة الاستصناع الموازي في هيئة المعايير الشرعية رقم ١١:" الاستصناع الموازي تتم من خلال إبرام عقدين منفصلين أحدهما مع العميل، تكون فيه المؤسسة المالية الإسلامية صانعا، والآخر مع الصناع أو المقاولين تكون فيه المؤسسة مستصنعا ويتحقق الربح عن طريق اختلاف الثمن في العقدين، والغالب أن يكون أحدهما حالا (وهو الذي مع الصناع أو المقاولين) والثاني مؤجلا وهو الذي مع العميل "[٢].

ويجب الحق للمستصنع في السلعة المصنوعة بمجرد العقد، فيجبر المصرف على تسليم العين الموصوفة في الذمة والمستصنع على أخذه إذا توافرت الشروط، ويستقر بتسليمه حسب الشروط والوقت المتفق عليه عند حلول الأجل.

ويجب الحق للمصرف في السلعة المصنوعة مع المقاول بمجرد العقد، ويستقر بتسليمه عند حلول الأجل ويلزم المقاول بالتسليم، وإذا تأخر المصرف عن التسليم للمستصنع في العقد الأول المستقل فإنه يتحمل مسؤولية التأخر عن المستصنع.

ويجب الحق في الثمن للصانع في عقد الاستصناع بمجرد العقد، ويستقر حسب اتفاق المتعاقدين إما معجلا أو مؤجلا أو مقسطا.

---

(١) المعايير الشرعية، ص ١٤٧.
(٢)المعايير الشرعية، ص ١٥٨.

الفصل الثالث

استقرار الحق وأثره في عقود التوثيقات

إن عقود التوثيقات تهدف إلى حفظ حقوق الناس وأموالهم، فهي ليست مقصودة لذاتها بل لغيرها، فبها يضمن صاحب الحق حقه فلا يعتدي عليه أحد، والتوثيقات لها طرق متعددة فمنها ما يكون بغير عقد كالإشهاد والكتابة، ومنها ما يكون بعقد كالرهن والكفالة والحوالة، والتوثيق في العقود إما أن يكون توثيقا عينيا كالرهن إذ إنه توثقة دين بعين يمكن استيفاؤه منها، وإما أن يكون توثيقا شخصيا كالكفالة إذ إنها ضم ذمة الكفيل إلى الأصيل في المطالبة، والحوالة إذ إنها نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

المبحث الأول

استقرار الحق وأثره في عقد الكفالة

المطلب الأول: تعريف الكفالة وأركانها وحكمة تشريع الكفالة بالمال

الفرع الأول: الكفالة لغة: الكفالة والضمان يأتيان بمعنى واحد،قال ابن سيده:" الكافل والكفيل الضامن والجمع كفل وكفلاء " [1] فنجد أن الكفالة والضمان يستعملان في اللغة بمعنى واحد. قال الزمخشري: " هو كافيه وكافله، وهو يكفيني ويكفلني: يعولني وينفق عليّ "[2] قال الفيومي: " قال ابن الأنباري تكفلت بالمال التزمت به وألزمته نفسي.وقال أبو زيد: تحملت به" [3] ونجد من معاني الكفالة التي ذكرت في النصوص السابقة من كتب اللغة أن الكفالة تأتي بمعنى الإعالة والالتزام والتحمل.

الكفالة اصطلاحا: عند التأمل في كتب الفقهاء نجد أنهم استخدموا لفظ الكفالة والضمان بمعنى واحد، وأنهم استعملوا لفظ الحمالة بمعنى الكفالة، والذي يهمنا في هذا البحث مفهوم الكفالة بالمال وسنعرض لتعريفات الفقهاء ونبين الراجح منها – إن شاء الله تعالى -.

---

(١) ابن سيده، أبو الحسن علي بن إسماعيل، المخصص، ج٣ ص ٤٤٢، تحقيق: خليل جفال، ط١ ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت.

(٢) الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو، أساس البلاغة، ج٢ ص ١٤٢، تحقيق: محمد باسل عيون السود، ط١ ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

(٣) الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج٢ ص ٥٣٦، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت.

عرف الحنفية الكفالة بالمال بتعريفات عدة أهمها تعريف المرغيناني إذ قال:" هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وقيل: في الدين، والأول أصح" [١]. وعرفه المالكية بتعريفات أهمها تعريف الحطاب إذ قال: "الضمان شغل ذمة أخرى بالحق " [٢] وعرفه الشافعية بتعريفات أهمها ما ذكره الخطيب الشربيني بقوله: " الالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره " [٣] وعرفه الحنابلة بتعريفات أهمها ما ذكره البهوتي بقوله: " التزام من يصح تبرعه أو مفلس برضاهما ما وجب على غيره أو يجب على غيره مع بقائه عليه "[٤].

ونجد التعريفات السابقة من كتب المذاهب الفقهية، عرفوا الكفالة باعتبار النتيجة لعقد الكفالة وهو ضم ذمة لذمة في المطالبة.

ومن التعريفات للكفالة بالمال ما جاء في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: "الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " يقول الدكتور السنهوري في شرح هذا التعريف: "يؤخذ من هذا التعريف أن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفا في عقد الكفالة، بل أن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين، وتجوز أيضا رغم معارضته. والذي يهم في الكفالة هو التزام هذا المدين أما إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل، فيجب أن يكون مذكورا في وضوح ودقة في عقد الكفالة. وهذا الالتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغا من النقود، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود، كما قد يكون عملا أو امتناعا عن عمل. فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغا من النقود ضمن الكفيل ما عسى أن يحكم على المدين الأصلي من تعويض من جراء إخلاله بالالتزام بإعطاء شيء غير النقود، أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل فالكفالة إذن تفترض وجود إلزام مكفول، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلى به ودائن، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول بموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي. فالكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل، والتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلي "[٥].

التعريف المختار: إن التعريف الذي يطمئن إليه القلب للكفالة بالمال ما جاء في مجلة مجمع الفقه الإسلامي وهو: "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه ".

---

(١) الهداية بشرح البناية، ج٨ ص ٤١٩، مرجع سابق.
(٢) مراهب الجليل، ج٥ ص ٩٦، مرجع سابق.
(٣) مغني المحتاج، ج٢ ص ٣١٢، مرجع سابق.
(٤) البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متتن الإقناع، ج٣ ص ٣٦٣، الناشر: دار الكتب العلمية.
(٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ج٢ ص ٨٧٩، الورقة مقدمة من الدكتور علي أحمد السالوس.

وسبب ترجيح التعريف أنه صرح بلفظ عقد عند ذكر التعريف، وأن الكفيل لا يطالب بالدين إلا إذا عجز الأصيل، ولا يرجع على الكفيل ابتداء، وهذا أقرب إلى عدل الإسلام، إذ إن الرجوع على الكفيل ابتداء أو ضم ذمته في المطالبة إلى الأصيل يؤدي إلى عدم كفالة الناس بعضهم بعضا، ويؤيد هذا الترجيح ما جاء في المدونة: " قلت: أرأيت إن تحملت برجل أو مال على رجل، أيكون للذي له الدين أن يأخذني بالحق الذي تحملت، وصاحبي الذي تحملت به مليء بالذي عليه في قول مالك؟ قال: قال مالك: ليس ذلك له، ولكن يأخذ حقه من الذي عليه الدين. فإن نقص من حقه شيء أخذه من مال الحميل، إلا أن يكون الذي عليه الدين مديانا وصاحب، الحق يخاف إن قام عليه حاصه الغرماء، أو غائبا فله أن يأخذ الحميل ويدعه. وقد كان مالك يقول قبل ذلك، للذي له الحق: إن شاء أن يأخذ الحميل وإن شاء الذي عليه الحق، ثم رجع إلى هذا القول الذي أخبرتك، وهو أحب ما فيه إلي قال سحنون: وكذلك روى ابن وهب [١].

الفرع الثاني: أركان الكفالة

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن أركان الكفالة الصيغة فقط، وهي الإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له وبه تتحقق ماهية العقد، يقول ابن نجيم الحنفي: " في بيان ركنها قالوا: هو الإيجاب والقبول بالألفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركنها فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس"[٢].

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى أن أركان الكفالة بالمال خمسة وهي الصيغة والكفيل والمكفول له والمكفول عنه والمكفول به، يقول المواق المالكي:"أركانه وهو المضمون عنه والمضمون له والضامن والصيغة " [٣] وذكر النووي في كتاب الضمان أن الأركان خمسة وهي الصيغة والمضمون عنه والمضمون له والضامن والحق المضمون[٤].

---

(١) الإمام مالك، مالك بن أنس، المدونة، ج٤ ص ٩٩ – ١٠٠، ط١ ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤م، الناشر: دار الكتب العلمية.
(٢) ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٦ ص ٢٢٣، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.
(٣)المواق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٧ ص ٣٠، ط١ ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م، الناشر: دار الكتب العلمية.
(٤)روضة الطالبين، ج٤ ص ٢٤٠- ٢٥٥، مرجع سابق.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، ج٤ ص ٢٣٦، ط١ ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت – لبنان.

الفرع الثالث: مشروعية الكفالة بالمال وحكمتها

ذهب جماهير علماء الأمة إلى مشروعية الكفالة، التي يلتزم فيها الكفيل التزام الأصيل حماية للفرد والمجتمع؛ حفاظا على أموال الناس واستدلوا بأدلة منها:

أولا: قال تعالى ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ ۖ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾ (سورة يوسف ٦٦)

وجه الدلالة: فنبي الله يعقوب عليه الصلاة والسلام طلب من أبنائه كفالة، وهو العهد والموثق على إعادة ولده إليه، وهذا من طرق التوثيق في حفظ الحقوق.

قال الإمام القرطبي: هذه الآية أصل في جواز الحمالة بالعين والوثيقة بالنفس وقد اختلف العلماء في ذلك، فقال مالك وجميع أصحابه وأكثر العلماء: هي جائزة إذا كان المتحمل به مالا وقد ضعف الشافعي الحمالة بالوجه في المال، وله قول كقول مالك[(١)].

ثانيا: عن أبي أمامة الباهلي، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام حجة الوداع:"إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث، والولد للفراش، وللعاهر الحجر، وحسابهم على الله عز وجل، ومن ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة إلى يوم القيامة، ولا تنفق امرأة شيئا من بيتها إلا بإذن زوجها" قيل يا رسول الله: ولا الطعام؟ فقال:"ذاك أفضل أموالنا" ثم قال: "العارية مؤداة والمنيحة مردودة، والدين يقضى، والزعيم غارم"[(٢)].

وجه الدلالة: إن دلالة الحديث واضحة على مشروعية الكفالة، فالزعيم هو الكفيل والغارم هو الضامن. يقول الصنعاني: والحديث دليل لمن ضمنه وظاهره سواء كان كفيلا بالبدن أو بالمال وفيه خلاف في الفروع، قال الطيبي: من وجب عليه حق لغيره فإما أن يكون على سبيل الأداء بما يتصل به فهو العارية أو يدور ما يتصل به فالمنحة أو على وجه القضاء من غير عينة فالدين أو على الغرامة بالالتزام بالكفالة[(٣)].

قال ابن المنذر: " أجمع أهل العلم على أن الرجل إذا ضمن عن الرجل مالاً معلوماً بأمره لرجل، أن الضمان لازم له، وله أن يأخذه بما ضمن عنه "[(٤)].

---

(١) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، ج٩ ص ٢٢٥، تحقيق: أحمد البرودي وإبراهيم اطفيش، ط٢ ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م، الناشر: دار الكتب المصرية – القاهرة.

(٢) أخرجه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء لا وصية لوارث، ج٤ ص ٤٣٣، رقم الحديث: ٢١٢٠، **قال الترمذي: حديث حسن.**

(٣) الصنعاني، محمد بن إسماعيل، التنوير شرح الجامع الصغير، ج٧ ص ٣٦٤، تحقيق: محمد إسحاق محمد، ط١ ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م، الناشر: دار السلام – الرياض.

(٤) ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإشراف على مذاهب العلماء، ج٦ ص ٢٣٣، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري، ط١ ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، الناشر: مطبعة مكة الثقافية – رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة.

المطلب الثاني: الاستقرار في عقد الكفالة

الفرع الأول: استقرار الحق وأثره في عقد الكفالة

يجب الحق في عقد الكفالة على الكفيل بمجرد العقد، إذ إن ذمة الكفيل مشغولة بهذا الحق، ويستقر الحق على الكفيل عند حلول الأجل وعدم أداء المكفول عنه لعجز أو غيره، فإذا لم يؤد استقر الحق على الكفيل.

ولا بد من التنبيه أن الاستقرار في عقد الكفالة، كعقد من عقود التوثيقات يختلف عن عقد القرض الذي نشأ بين المكفول له والمكفول عنه، ومحل بحثنا الكفالة كعقد توثيق بين المكفول له والكفيل، وعن استقرار حق المكفول له في عقد الكفالة على الكفيل، وعقد القرض ليس محل بحثنا.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على استقرار الحق في عقد الكفالة.

المسألة الأولى: مطالبة الكفيل عند عجز الأصيل.

اتفق الفقهاء على أن المكفول له، يحق له المطالبة بحقه عند حلول الأجل، وأن المكفول عنه إذا كان معدوما ضمن الكفيل، قال ابن رشد المالكي: " وأما حكم ضمان المال: فإن الفقهاء متفقون على أنه إذا عدم المضمون أو غاب أن الضامن غارم. واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر: فقال الشافعي، وأبو حنيفة، وأصحابهما، والثوري، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق: للطالب أن يؤاخذ من شاء من الكفيل، أو المكفول. وقال مالك في أحد قوليه: ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه. وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال أبو ثور: الحمالة، والكفالة واحدة، ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون، ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين، وبه قال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة"(١).

واختلفوا في رجوع المكفول له بماله، هل يكون على المكفول عنه أم على الكفيل، أم على كليهما أم على الكفيل فقط، على آراء ثلاثة:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن المكفول له من حقه أن يطالب المكفول عنه والكفيل في وقت واحد، فيرجع على أي منهما (٢).

---

(١) بداية المجتهد، ج٤ ص ٨٠، مرجع سابق.

(٢) بدائع الصنائع، ج٦ ص ١٤، مرجع سابق. الشافعي،محمد بن إدريس،الأم،ج٣ ص٢٣٤،١٤١٠هـ ١٩٩٠م،الناشر:دار المعرفة – بيروت. ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، الناشر دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع. المغني ج٤ ص ٣٩٩، مرجع سابق.

واستدلوا بأدلة منها:

أولا: قال النبي - صلى الله عليه وسلم-: " نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى"[١].

وجه الدلالة: إن الكفيل ذمته معلقة بالدين كالمكفول عنه، فيحق للمكفول له الرجوع على أي واحد منهما.

ثانيا: إن الميت تبرأ ذمته من الدين إذا تكفل أحد بأدائه فإذا لم يؤد الكفيل بقيت ذمة الميت مشغولة فدل على أن له حق مطالبة أيهما شاء[٢].

الرأي الثاني: ذهب فقهاء المالكية إلى أن المكفول له، لا يحق له مطالبة الكفيل والمكفول عنه موسر ويستطيع الدفع، إلا إذا كان هناك شرط من المكفول له أن يرجع على أيهما شاء[٣].

واستدلوا بأدلة منها:

أولا: إن الكفالة وثيقة فلا يستحق الأخذ من الكفيل إلا عند عجز الأصيل، قياسا على الرهن، فلا يأخذ المرتهن من الرهن إلا عند عجز أو امتناع الراهن، والمكفول له لا يأخذ من الكفيل إلا عند عجز أو امتناع المكفول عنه [٤].

الرأي الثالث: ذهب الإمام ابن حزم الظاهري – رحمه الله تعالى – وابن أبي ليلى وابن شبرمة إلى أن الكفيل يطالب بالدين، وذمة المكفول عنه تبرأ، وليس للمكفول له الرجوع على المكفول عنه ولا ورثت[٥].

واستدل بأدلة منها:

أولا: قال النبي صلى الله عليه وسلم: " العارية مؤداة والمنيحة مردودة، والدين يقضى، والزعيم غارم"[٦].

وجه الدلالة: دل الحديث أن الكفيل مخصوص بالغرم، فبرئت ذمة الأصيل.

---

(١) أخرجه الترمذي، باب ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى "، ج٣ ص ٣٨١، حديث رقم ١٠٧٩، **قال الترمذي: حديث حسن.**
(٢) البناية شرح الهداية، ج٨ ص ٤١٩، مرجع سابق.
(٣) الإمام مالك، مالك بن أنس، المدونة، ج٤ ص ٩٩ – ١٠٠، ط١ ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤م، الناشر: دار الكتب العلمية.
(٤) الذخيرة، ج٩ ص ٢٠٠، مرجع سابق.
(٥) ابن حزم الظاهري، علي بن أحمد، المحلى بالآثار، ج٦ ص٣٩٩، الناشر: دار الفكر – بيروت.
(٦) سبق تخريجه ، ص٩١.

ثانيا: فإن من المحال الممتنع أن يكون مال واحد معدود محدود هو كله على زيد، وهو كله على عمرو، ولو كان هذا لكان للذي هو له عليهما أن يأخذهما جميعا بجميعه فيحصل له العدد مضاعفا، ولما سقط عن أحدهما حق قد لزمه بأداء آخر عن نفسه ما لزمه أيضا(١).

وعند النظر في آراء الفقهاء، نجد أن أدلة جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، ليست في محل الاستدلال إذ إن استدلالهم بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى " ليس المراد منه حكم المكفول عنه، لا صراحة ولا دلالة وإنما المراد أن المطالب بالدين في الآخرة من مطل الدين وهو غني، سواء أعسر بعد ذلك أم لم يعسر.

أما استدلالهم بأن الميت إذا تكفل أحد بدينه برئت ذمته إذا تم السداد وتبقى مشغولة إذا لم يتك السداد مما يدل على جواز مطالبة الاثنين، فيرد عليه بأن الكفالة كانت بغير أمر الميت ولا إذنه وهذا خارج محل النزاع.

وأما ما استدل به الإمام ابن حزم الظاهري - رحمه الله تعالى – من براءة ذمة المكفول عنه، وانشغال ذمة الكفيل فأدلته خارج محل الاستدلال فاستدلاله بحديث النبي صلى الله عليه وسلم

" العارية مؤداة والمنيحة مردودة، والدين يقضى، والزعيم غارم " ليس حجة له فكون الكفيل غارم لا يمنع أن يكون المكفول عنه غارما أيضا ويرجع عليه.

وأما استدلاله بعدم جواز انشغال الذمتين معا فمردود؛ لأن ثبوت الدين في ذمتين وارد في الشرع، فلو أن إنسانا غصب مالا ثم غصبه آخر منه كان للمالك الرجوع على أي منهما.

الرأي الراجح: بعد النظر في الأدلة ومناقشتها يتبين رجحان رأي المالكية، فمطالبة الأصيل ابتداء هو الأقرب إلى العدل، وإذا أعسر الأصيل استقر الحق في ذمة الكفيل؛ إذ إن الغاية من عقد الكفالة المحافظة على أموال الناس وحمايتها، والقول بالرجوع على الكفيل ابتداء أو استواء انشغال ذمته مع الأصيل، يمنع الناس من الكفالة؛ مما يؤدي إلى إغلاق باب من أبواب الخير والتعاون بين أفراد المجتمع.

المسألة الثانية: استقرار الحق في حالة وفاة الكفيل.

إذا مات الكفيل استقر الحق في ماله عند حلول الأجل و إذا مات المكفول عنه يستقر الحق على الكفيل عند حلول الأجل، إذا لم يكن للمكفول عنه مال يؤدي منه.

---

(١) المحلى، ج٦ ص ٤٠٠، مرجع سابق.

قال الإمام مالك:" فإن مات الذي عليه الحق قبل محل الأجل، كان للطالب أن يأخذ حقه من ماله، فإن لم يكن له مال، لم يكن له أن يأخذ الكفيل بالحق حتى يحل الأجل "(١).

قال الإمام ابن قدامة:" وإذا ضمن دينا مؤجلا عن إنسان، فمات أحداهما، إما الضامن وإما المضمون عنه، فهل يحل الدين على الميت منهما ؟ على روايتين، تقدم ذكرهما فإن قلنا: يحل على الميت، لم يحل على الآخر؛ لأن الدين لا يحل على شخص بموت غيره، فإن كان الميت المضمون عنه، لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل، فإن قضاه قبل الأجل، كان متبرعا بتعجيل القضاء "(٢).

قال الإمام ابن عابدين: " أما الكفيل بالمال فلا تبطل بموته؛ لأن حكمها بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه إن كانت بأمره وكان الدين حالا، فلو مؤجلا فلا رجوع حتى يحل الأجل بحقه "(٣).

إن عقد الكفالة ينتهي بانتهاء سببه، كالأداء والإبراء والصلح والحوالة وغيرها من أسباب انتهاء العقود، والمكفول له يبقى حقه موجودا سواء مات المكفول عنه أو الكفيل، ولكن إذا مات الكفيل وكان الدين مؤجلا فهل يحق للمكفول له الرجوع على مال الكفيل أو ينتظر حتى يحل الأجل،اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن الحنابلة، إلى أن الدين المكفول به يحل بالوفاة فللمكفول له الرجوع على ورثة الكفيل فالموت مبطل للأجل(٤).

الرأي الثاني: ذهب الحنابلة في المعتمد عندهم إلى أن المكفول له، لا يحق له الرجوع على ورثة الكفيل إلا عند حلول الأجل، فالتأجيل حق له في الحياة، فيبقى حقا بعد الموت(٥).

والراجح رأي الحنابلة فلا يحق للمكفول له الرجوع على ورثة الكفيل إلا عند حلول الأجل، فالأجل حق له في الحياة فيبقى بعد الموت، والضمان يبقى في حقه بعد الموت فكذلك الأجل يبقى في حقه، وربما قضى المكفول عنه الدين قبل حلول الأجل وإن أراد ورثة الكفيل التعجيل فهذا على سبيل الندب.

---

(١) المدونة، ج٤ ص ١٠٠، مرجع سابق.
(٢) المغني، ج٤ ص ٤٠٧، مرجع سابق.
(٣) حاشية ابن عابدين، ج٥ ص ٢٩٢، مرجع سابق.
(٤) بدائع الصنائع، ج٦ ص٣، مرجع سابق. الأم، ج٣ ص ٢٣٤، ابن البراذعي، خلف بن أبي القاسم، التهذيب في اختصار المدونة، ج٤ ص ١٧، تحقيق: محمد الأمين ط١ ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث – دبي.
(٥) المغني، ج٤ ص ٤٠٧، مرجع سابق.

المبحث الثاني

استقرار الحق وأثره في عقد الحوالة

المطلب الأول: الحوالة، تعريفها، أركانها

الفرع الأول: تعريف الحوالة

إن الحوالة عقد من عقود التوثيقات، تحفظ به الحقوق المالية إذغالبية المعاملات تتمحض عن ديون، يريد صاحب الدين حفظ حقه المالي، ومنها استبدال ذمة أكثر يسارا او تيسيرا في الأداء من ذمة أخرى، وننبه أن بحثنا في عقد الحوالة سيكون عن استقرار الحق في ذمة المحال عليه، وليس في ذمة المحيل مع المحال، فالعلاقة بين المحيل والمحال علاقة قرض، وبين المحال والمحال عليه علاقة توثيق وهي محل البحث.

الحوالة لغة: يجوز فيها الفتح والكسر والفتح أفصح، وإما أن يكون الفعل لازما أو متعديا، والمعنى اللغوي من التحول والانتقال أو النقل والتحويل(١).

الحوالة اصطلاحا: تعددت تعريفات الفقهاء للحوالة ومنها ما ذكره الحنفية:

تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به(٢).

نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه(٣).

وعرفه المالكية: " تحويل الحق من ذمة إلى ذمة فتبرأ بها الأولى(٤).

وعرفه الشافعية: " نقل حق من ذمة إلى ذمة "(٥).

وعرفه الحنابلة: " نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه "(٦).

فالحوالة نقل الدين من ذمة إلى أخرى، أما الكفالة فتكون بضم ذمة إلى أخرى في المطالبة، والكفالة تبقى ذمة الأصيل مشغولة بالمطالبة من الكفيل، والحوالة تبرأ ذمة الأصيل براءة مقيدة بالتوى.

---

(١) انظر لسان العرب، ج١١ ص ١٩٠، تاج العروس ج٢٨ ص ٣٦٦، القاموس المحيط ج١ ص ٩٨٩.
(٢) العناية ج٧ ص ٢٣٨، مرجع سابق.
(٣) الاختيار ج٣ ص٣، كمرجع سابق.
(٤) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ج٩ ص ٢٤١، تحقيق: محمد حجي - سعيد أعراب – محمد بو خبرة ن، ط١ ١٩٩٤م، الناشر: دار الغرب الإسلامي – بيروت.
(٥) المجموع، ج١٣ ص ٤٢٤، مرجع سابق.
(٦) ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبدالله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢ ص ١٢٣، ط١ ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، الناشر: دار الكتب العلمية.

وتختلف عن الرهن فالحوالة ترد على دين في الذمة لتنقله، أما الرهن فيرد على ذات العين المرهونة فتحبس ليتم استيفاء الحق منها عند استقراره.

الفرع الثاني: أركان الحوالة

إن أركان الحوالة خمسة وهي: الصيغة والمحيل والمحال والمحال عليه والمحال به،وهذا عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فلا نتصور قيام عقد الحوالة إلا بتوافرها مجتمعة، فال نصور عقد الحوالة دون الإيجاب والقبول، أو دون وجود طرف يحيل الدين أو دائن يحال بالحق، أو محال عليه يؤدي الحق للمحال أو محال به على خلاف هل يشترط أن يكون للمحيل دين على المحال عليه أو لا كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى، وفقهاء الحنفية يرون أن ركن الحوالة الصيغة: أي الإيجاب والقبول والخلاف بينهم وبين الجمهور لفظي، إذ إن وجود إيجاب وقبول يقتضي وجود محيل ومحال عليه ومحال ومحال به.

يقول الإمام الكاساني: " أما ركن الحوالة: فهو الإيجاب والقبول "(١).

يقول الإمام النووي: "ولا بد في وجودها من ستة أمور: محيل، ومحتال، ومحال عليه، ودين للمحتال على المحيل، ودين للمحيل على المحال عليه، ومراضاة بالحوالة بين المحيل والمحتال "(٢).

يقول الإمام ابن قدامة المقدسي: " ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه. ويشترط في صحتها رضى المحيل، بلا خلاف؛ فإن الحق عليه، ولا يتعين عليه جهة قضائه. وأما المحتال والمحال عليه، فلا يعتبر رضاهما "(٣).

يقول الإمام الصاوي المالكي: " وركنها: أي أركانها خمسة: محيل: وهو من عليه الدين. ومحال: وهو من له الدين. ومحال عليه: وهو من عليه دين مماثل للمدين الأول. ومحل به: وهو الدين الممثل. وصيغة تدل على التحول والانتقال؛ ولو بإشارة أو كتابة "(٤).

---

(١)بدائع الصنائع، ج٦ ص ١٥، مرجع سابق.
(٢)النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين ج٤ ص ٢٢٨، تحقيق: زهير الشاويش، ط٣ ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، الناشر: المكتب الإسلامي – عمان.
(٣)المغني، ج٤ ٣٩٠، مرجع سابق.
(٤) الصاوي المالكي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، ج٣ ص ٤٢٤، الناشر: دار المعارف.

الفرع الثالث: أنواع الحوالة وشروطها

ذهب فقهاء الحنفية إلى تقسيم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة، والحوالة المقيدة تكون بدين للمحيل على المحال عليه أو بعين فيحيل بالمال أو العين التي للمحيل على المحال عليه، والحوالة المطلقة لا تقيد بشيء فيحيل مطلقا دون ذكر شيء من مال أو عين، بل ربما يحيل على شخص ليس له في ذمته شيء فيقبل المحال عليه بذلك فيكون متبرعا.

والحوالة المطلقة قد تكون حالة أو مؤجلة، فالحالة أن يكون للمحيل مال على المحال عليه قد حان أجله فيحيل المحال عليه على ذلك المال الذي حل، والمؤجلة يكون للمحيل مال لم يحن أجله فيحيل المحال عليه على ذلك المال عند حلول الأجل.

يقول الإمام السرخسي: " فإن الحوالة قد تكون مقيدة بما للمحيل على المحتال عليه، وقد تكون مطلقة بل حقيقة الحوالة هي المطلقة، فأما المقيدة من وجه: فتوكيل بالأداء والقبض؛ عرفنا أنه لم يوجد منه دلالة الإقرار بوجوب المال للمحيل عليه، وكان القول قوله في الإنكار "(١).

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بمشروعية الحوالة، ولكنهم لم يذكروا التقسيم الذي ذكره فقهاء الحنفية فلم يقسموها إلى مطلقة ومقيدة على المعتمد عندهم في المذهب، والحوالة المطلقة لم يسموها بهذا الاسم وقالوا: إنها نوع من الضمان ولا خلاف في المسميات إذا كان المؤدى واحدا.

واشترط جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، شروطا لقبول الحوالة أهمها:

أولا: أن يكون كل من المحيل والمحال والمحال عليه من أهل التصرف، بأن يكون كل واحد منهم بالغاً عاقلاً رشيداً، غير محجور عليه.

ثانيا: أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل.

ثالثا: أن يكون الدين المحال به قد حلَّ على المحال عليه.

رابعا: أن يكون الدين المحال مساوياً للمحال عليه في الصفة، والجنس، والمقدار.

خامسا: الإيجاب والقبول بين المحيل والمحال.

سادسا: أن يحيل على دين مستقر؛ لأن الدين إن لم يكن مستقرا كان عرضة للسقوط.

---

(١) السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، ج٢٠ ص ٥٤، ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م،الناشر: دار المعرفة – بيروت.

يقول الإمام خليل المالكي عند بيان شروط الحوالة: " رضا المحيل والمحال فقط وثبوت دين لازم فإن أعلمه بعدمه وشرط البراءة: صح وهل إلا أن يفلس أو يموت؟ تأويلان وصيغتها وحلول المحال به وإن كتابة لا عليه وتساوي الدينين قدرا وصفة وفي تحوله على الأدنى: تردد وأن لا يكون طعاما من بيع: لا كشفه عن ذمة المحال عليه ويتحول حق المحال على المحال عليه وإن أفلس أو جحد إلا أن يعلم المحيل بإفلاسه فقط وحلف على نفيه إن ظن به العلم فلو أحئل بائع على مشتر بالثمن ثم رد بعيب أو استحق ولم تنفسخ واختير خلافه والقول للمحيل إن ادعى عليه نفي الدين للمحال عليه لا في دعواه وكالة أو سلفا"(١).

يقول الإمام ابن مفلح الحنبلي: " ولا تصح إلا بثلاثة شروط أحدها: أن يحيل على دين مستقر، فإن أحال على مال الكتابة، أو السلم، أو الصداق قبل الدخول، لم يصح وإن أحال المكاتب سيده، أو الزوج امرأته صح والثاني: اتفاق الدينين في الجنس، والصفة، والحلول، والتأجيل والثالث: أن يحيل برضاه، ولا يعتبر رضا المحال عليه "(٢).

يقول الإمام السنيكي الشافعي عن شروط الحوالة: " وشروطها ثلاثة الأول رضا المحيل والمحتال...الثاني: أن يكون بدين لازم يجوز الاعتياض عنه أو أصله اللزوم...الثالث: اتفاق الدينين جنسا وقدرا وحلولا وتأجيلا وصحة وتكسرا وجودة ورداءة" (٣).

يقول الإمام الكاساني الحنفي ذاكرا شروط الحوالة عند الحنفية: " وأما الشرائط فأنواع: بعضها يرجع إلى المحيل، وبعضها يرجع إلى المحال، وبعضها يرجع إلى المحال عليه، وبعضها يرجع إلى المحال به: أما الذي يرجع إلى المحيل فأنواع: منها: أن يكون عاقلا، فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها، ومنها: أن يكون بالغا، وهو شرط النفاذ دون الانعقاد، فتنعقد حوالة الصبي العاقل؛ موقوفا نفاذه على إجازة وليه؛ لأن الحوالة إبراء بحالها، وفيها معنى المعاوضة بما لها، خصوصا إذا كانت مقيدة؛ فتنعقد من الصبي كالبيع ونحوه فأما حرية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة، حتى تصح حوالة العبد مأذونا كان في التجارة أو محجورا، لأنها ليست بتبرع بالتزام شيء كالكفالة؛ فيملكها العبد، غير أنه إن كان مأذونا في التجارة؛ رجع عليه المحال عليه للحال إذا أدى، ولم يكن للعبد عليه دين مثله، ويتعلق برقبته، وإن كان محجورا؛ يرجع عليه بعد العتق، وكذا الصحة ليست بشرط لصحة

---

(١) خليل المالكي، مختصر العلامة خليل، ص ١٧٥، تحقيق: أحمد جاد، الناشر: دار الحديث - القاهرة، ط١ ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

(٢) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، ج٤ ص ٥٢٤، ط١ ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت – لبنان.

(٣) السنيكي، زكريا بن محمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج٢ ص ٢٣١، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.

الحوالة؛ لأنها من قبل المحيل ليست بتبرع؛ فتصح من المريض. ومنها: رضا المحيل حتى لو كان مكرها على الحوالة لا تصح؛ لأن الحوالة إبراء، فيها معنى التمليك، فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات. وأما الذي يرجع إلى المحال فأنواع: منها العقل؛ لما ذكرنا؛ ولأن قبوله ركن، وغير العاقل لا يكون من أهل القبول. ومنها البلوغ وأنه شرط النفاذ، لا شرط الانعقاد، فينعقد احتياله موقوفا على إجازة وليه إن كان الثاني أملأ من الأول، وكذا الوصي إذا احتال بمال اليتيم؛ لا تصح إلا بهذه الشريطة؛ لأنه منهي عن قربان ماله إلا على وجه الأحسن؛ للآية الشريفة فيه"وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ أَشُدَّهُۥ " الأنعام ١٥٢ومنها: الرضا على لو احتال مكرها؛ لا تصح؛ لما ذكرنا. ومنها مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف شرط النفاذ، حتى أن المحتال لو كان غائبا عن المجلس، فبلغه الخبر فأجاز؛ لا ينفذ عندهما، وعند أبي يوسف ينفذ، والصحيح: قولهما؛ لأن قبوله من أحد الأركان الثلاثة؛ فكان كلامهما بدون شرط العقد؛ فلا يقف على غائب عن المجلس - كما في البيع. وأما الذي يرجع إلى المحال عليه فأنواع أيضا: منها: العقل، فلا يصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل قبول الحوالة أصلا؛ لما ذكرنا ومنها البلوغ، وأنه شرط الانعقاد أيضا؛ فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلا؛ لما ذكرنا، وإن كان عاقلا، سواء كان محجورا عليه أو مأذونا في التجارة، وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل، أو بأمره. أما إذا كانت بغير أمره فظاهر؛ لأنه لا يملك الرجوع على المحيل، فكان تبرعا بابتدائه وانتهائه.وكذلك إذا كانت بأمره؛ لأنه تبرع بابتدائه، فلا يملكه الصبي، محجورا كان أو مأذونا في التجارة، كالكفالة، وإن قبل عنه وليه لا يصح أيضا؛ لأنه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولي. ومنها الرضا، حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح. ومنها المجلس، وأنه شرط الانعقاد عندهما؛ لما ذكرنا في جانب المحيل. وأما الذي يرجع إلى المحال به. فنوعان: أحدهما: أن يكون دينا؛ فلا تصح الحوالة بالأعيان القائمة؛ لأنها نقل ما في الذمة، ولم يوجد، والثاني: أن يكون لازما؛ فلا تصح الحوالة بدين غير لازم، كبدل الكتابة وما يجري مجراه؛ لأن ذلك دين تسمية لا حقيقة؛ إذ المولى لا يجب له على عبده دين، والأصل: أن كل دين لا تصح الكفالة به، لا تصح الحوالة به. وأما وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة؛ فليس بشرط لصحة الحوالة، حتى تصح الحوالة، سواء كان للمحيل على المحال عليه دين، أو لم يكن، وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة، والجملة فيه أن الحوالة نوعان: مطلقة، ومقيدة، فالمطلقة: أن يحيل بالدين على فلان، ولا يقيده بالدين الذي عليه، والمقيدة: أن يقيده بذلك،

والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة؛ لقوله- عليه الصلاة والسلام -: "من أحيل على مليء فليتبع"[١] من غير فصل.

إلا أن الحوالة المطلقة؛ تخالف الحوالة المقيدة في أحكام، منها: أنه إذا أطلق الحوالة، ولم يكن له على المحال عليه دين، فإن المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير، وإن كان له عليه دين؛ فإن المحال عليه يطالب بدينين: دين الحوالة، ودين المحيل، فيطالبه المحال بدين الحوالة، ويطالبه المحيل بالدين الذي له عليه، ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة؛ لأن الحوالة لم تتقيد بالدين الذي للمحال عليه؛ لأنها وجدت مطلقة عن هذه الشريطة، فيتعلق دين الحوالة بنعته، ودين المحيل بقي على حاله، وإذا قيدها بالدين الذي عليه؛ ينقطع حق مطالبة المحيل؛ لأنه قيد الحوالة بهذا الدين، فيتقيد به، ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده، وإن لم يكن رهنا على الحقيقة [٢].

---

(١) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، ج ٣ ص ١١٩٧، حديث رقم ١٥٦٤.
(٢) بدائع الصنائع، ج ٦ ص١٧، مرجع سابق.

المطلب الثاني: استقرارالحق في الحوالة

الفرع الأول: وجوب واستقرارالحق في الحوالة

يجب الحق في الحوالة بمجرد عقد الحوالة، ويستقر الحق في الحوالة بقبول المحال والمحيل والمحال عليه سواء كان للمحيل دين على المحال عليه أو لا إذا كانت حالة، وبحلول الأجل إذا كانت مؤجلة.

يقول الإمام الموصلي الحنفي: " وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه: أما المحيل؛ فلأنه الأصل في الحوالة، ومنه توجد، وذكر في الزيادات أن رضا المحيل ليس بشرط؛ لأن المحال عليه يتصرف في نفسه بالتزام الدين ولا ضرر على المحيل بل فيه نفعه ; لأنه لا يرجع عليه إلا برضاه.

وأما المحتال والمحال عليه، فلتفاوت الناس في القضاء والاقتضاء، فلعل المحال عليه أعسر وأفلس، والمحتال أشد اقتضاء ومطالبة، فيشترط رضاهما دفعا للضرر عنهما "(١). يقول الإمام الزيلعي الحنفي: " ولو كان الدين مؤجلا على المحيل كان مؤجلا في حق المحال عليه"(٢).

جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة ٦٨٦: " لا يشترط أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل فتصح حوالته، وإن لم يكن للمحيل دين على المحال عليه "

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة ٦٩٧: " في الحوالة المبهمة أي في الحوالة التي لم يذكر فيها تعجيل المحال به وتأجيله، إن كان الدين معجلا على المحيل، فالحوالة معجلة أيضا ويلزم المحال عليه أداؤها حالا، وإن كان الدين مؤجلا فالحوالة تكون أيضا مؤجلة ويلزم أداؤها عند حلول أجلها "(٣).

الفرع الثاني: اشتراط رضا المحال عليه

إن محل بحثنا في استقرار الحق على المحال عليه، لأن عقد الحوالة عقد من عقود التوثيقات فلن يكون بحثنا في علاقة المحال مع المحيل؛ لأن العلاقة بينهما علاقة قرض وهو ليس محل بحثنا في عقود التوثيقات.

---

(١) الاختيار، ج٣ ص٤، مرجع سابق.
(٢) الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي،: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، ج٤ ص١٧٤، ط١ ١٣١٣هـ، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة.
(٣) مجلة الأحكام العدلية، ص ١٢٩ - ١٣١، مرجع سابق.

وسنبحث ابتداء عن اشتراط رضا المحال عليه بالحوالة؛ لأن اشتراط رضا المحال والمحيل أشرنا إليه سابقا، وبينا أنه رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، مع مخالفة الحنابلة في اشتراط رضا المحال إذ تعددت الروايات عنهم، واتفقوا على اشتراط رضاه إذا كان على غير مليء، وإنما حدث الخلاف بين الفقهاء في اشتراط رضا المحال عليه.

إن المحال عليه إذا لم يكن مدينا للمحيل، فلا بد من اشتراط رضاه؛ لأنه يكون متبرعا وملتزما بدين ليس عليه ولا لزوم أو التزام إلا بالرضى، وهذا عند فقهاء الحنفية، أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فلا يقولون بالحوالة المطلقة أصلا.

وإنما حصل الخلاف بينهم في الحوالة المقيدة وهي أن يكون للمحيل دين على المحال عليه فهل يشترط رضاه أم لا أي المحال عليه ؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن رضا المحال عليه ليس شرطا في الحوالة، إلا إذا كان بين المحال والمحال عليه عداوة أو بغضاء، فعندئذ لا بد من رضا المحال عليه[١].

واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: قول النبي صلى الله عليه وسلم: " من أحيل على مليء فليتبع" [٢].

وجه الدلالة: إن الأمر إلى المحال باتباع دينه على المحال عليه، ولم يشترط رضاه بالإحالة عليه[٣].

مناقشة الدليل: إن النص الشريف ليس فيه أي وجه دلالة على عدم اشتراط رضا المحال عليه، وإنما أفاد استحباب قبول الحوالة أو وجوبها على الخلاف الواقع بين الفقهاء، ولم ينص على اشتراط رضا أي طرف من الأطراف الثلاثة، فيفهم على اشتراط رضاهم؛ لأنه الأصل في العقود.

الدليل الثاني: إن من عليه الدين، مملوك الذمة، فلم يكن رضاه معتبرا في نقل الملك، كبيع العبد المملوك.

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣ ص ٣٢٥، روضة الطالبين، ج٤ ص ٢٢٨، الإنصاف، ج٥ ص ٢٢٧، مراجع سابقة.

(٢)صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، ج ٣ ص ١١٩٧، حديث رقم ١٥٦٤.

(٣) القاضي عياض، عياض بن موسى، إكمال المعلم بفوائد مسلم، ج٥ ص ٢٣٣، تحقيق: الدكتور يحيى إسماعيل، الناشر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ط١ ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

مناقشة الدليل: إن التصرف في العبد لا يترتب عليه إلزام العبد بشيء، خلافا لدين الحوالة فيلزم المحال عليه بالأداء إلى المحال، فهو قياس مع الفارق.

الدليل الثالث: إنه بالحوالة يزول ملكه عن الدين كالإبراء، فلما لم يكن رضا المبرأ معتبرا في صحة البراءة، لم يكن رضا المحال عليه معتبرا في صحة الحوالة.

مناقشة الدليل: إن الإبراء إسقاط للدين فلا يشترط الرضا، أما الحوالة فهي نقل حق فلا بد من الرضا.

الدليل الرابع: إن مالك الدين مخير في استيفائه بنفسه وبغيره، كالوكيل وكذلك بالمحتال(١).

مناقشة الدليل: إن الحوالة تصرف على المحال إليه، بنقل الحق إلى ذمته، فلا يتم إلا بقبوله ورضاه، بخلاف التوكيل بقبض الدين؛ لأنه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب إليه ابتداء؛ بل هو تصرف بأداء الواجب؛ فلا يشترط قبوله ورضاه (٢).

الرأي الثاني: ذهب فقهاء الحنفية إلى اشتراط رضا المحال عليه؛ حتى تصح الحوالة (٣).

واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: إن الدين قد يتعلق بالذمة أصلا وبالرهن فرعا، فلما لم يكن لصاحب الدين أن يولى الرهن غيره فأولى ألا يكون له أن يولى الذمة غيره.

الدليل الثاني: إن الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت: بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء، وبعضهم أصعب، فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا إلى التزامه (٤).

الدليل الثالث: إن أركان عقد الحوالة المحيل والمحال والمحال عليه، فلا بد من وجود الرضا منهم، كما أنه لا بد من وجودهم، والعقود يعبر عنها بالرضا وإلا لم تتم.

وبعد عرض أدلة الفريقين وحججهم ومناقشتها، فالذي أميل إليه رأي الحنفية باشتراط رضا المحال عليه وذلك للأسباب الآتية:

أولا: إن عقد الحوالة من عقود التوثيقات، شرع لحفظ الحقوق وركنه الأساس المحال عليه فحتى يستقر الحق عليه لا بد من وجود الرضا من جهته.

---

(١) الماوردي،علي بن محمد الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي،ج٦ ص ٤١٨، تحقيق:علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، ط١ ١٤١٩هـ ١٩٩٩م، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت.
(٢) بدائع الصنائع، ج٦ ص ١٦، مرجع سابق.
(٣) بدائع الصنائع، ج٦ ص ١٥، الاختيار ج٣ ص٤، مراجع سابقة.
(٤) بدائع الصنائع، ج٦ ص ١٦.

ثانيا: إن حديث النبي صلى الله عليه وسلم، ندب أو أوجب قبول الحوالة ولم يفرق بين أي طرف من أطراف الحوالة، فمن أراد إخراج أحد الأطراف فعليه الدليل.

ثالثا: إن علاقة المحال عليه بالمحيل علاقة قرض، بينما علاقة المحال بالمحال عليه علاقة توثيق، ووجود علاقة القرض بين المحيل والمحال عليه تدل على حسن معاملة سابقة؛ مما يؤدي إلى يسر القضاء، بينما إحالة المحال عليه ربما رفضها وكان صعب القضاء للحق، أما إذا رضي كما في الحوالة المطلقة فهذا أيسر على المحال؛ لأنه يريد استرداد حقه لا الدخول في مماطلة المحال عليه.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على استقرار الحق في عقد الحوالة.

المسألة الأولى: براءة ذمة المحيل.

إن الحوالة نقل حق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، مما يعني وجوب الحق بمجرد عقد الحوالة، واستقرارها على المحال عليه، إذا كانت مؤجلة عند حلول الأجل، واستقرارها حالة إذا لم تكن مؤجلة، وبراءة ذمة المحيل.

وكل هذا يكون إذا كان عقد الحوالة مستوفيا لأركانه وشروطه، فبمجرد توافر الأركان والشروط يستقر الحق في ذمة المحال عليه، وتبرأ ذمة المحيل براءة تامة.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية أن الحوالة إذا استوفت شروطها وأركانها برئت ذمة المحيل إلا قولا لزفر اعتبرها كالكفالة.

يقول الإمام ابن قدامة المقدسي الحنبلي: " فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت، برئت ذمة المحيل، في قول عامة الفقهاء إلا ما يروى عن الحسن، أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه، وعن زفر أنه قال: لا تنقل الحق، وأجراها مجرى الضمان " (١).

يقول الإمام الكاساني الحنفي: " الحوالة لها أحكام منها: براءة المحيل، وهذا عند أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: الحوالة لا توجب براءة المحيل، والحق في ذمته بعد الحوالة، على ما كان عليه قبلها، كالكفالة سواء "(٢).

قال الإمام الخرشي المالكي: "بمجرد عقد الحوالة يتحول حق المحال على المحال عليه وتبرأ ذمة المحيل لأن الحوالة كالقبض " (٣).

---

(١) المغني، ج٤، ص ٣٩٣، مرجع سابق.
(٢) بدائع الصنائع، ج٦ ص ١٧، مرجع سابق.
(٣) شرح مختصر خليل، ج٦ ص ١٩، مرجع سابق.

يقول الشربيني الشافعي:" ويبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال، والمحال عليه عن دين المحيل،ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه "[١].

فنجد من خلال النصوص السابقة أن جمهور الفقهاء من الأئمة الأربعة، يرون انتقال الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا يرجع على المحيل بشيء، إذ إن مقتضى عقد الحوالة انتقال الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

أما قول زفر – رحمه الله تعالى – فهو مخالف لمفهوم الحوالة، إذ إنه جعل عقد الحوالة والكفالة واحد، وهما عقدان مختلفان، فالكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، والحوالة نقل حق من ذمة إلى أخرى، فهما عقدان مختلفان.

ويترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل للمحيل إذا كان له كفيل، فإذا برئ المحيل فكفيله أولى، وتبرئ ذمة المحال عليه من ذمة المحيل إذا كان له عليه دين.

المسألة الثانية: إفلاس المحال عليه

إذا أحال المحيل المحال على المحال عليه، وهو يعلم بإفلاسه لم يكن له الرجوع على المحيل بحال؛ لرضاه بذلك.

أما إذا أحاله ثم تبين بعد ذلك إفلاسه فهل يرجع على المحيل أم لا:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والراجح عند الحنابلة، إلى أن المحيل تبرأ ذمته، ولا يجوز الرجوع عليه إذا أفلس المحال عليه[٢] واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم: **" من أحيل على مليء فليتبع "** [٣].

وجه الدلالة: إن الحديث أطلق، ولم يذكر الجوع على المحيل في حال إفلاس المحال عليه، فيبقى على إطلاقه.

الدليل الثاني: إن حزنا جد سعيد بن المسيب، كان له على علي - رضي الله عنه - دين، فأحاله به، فمات المحال عليه، فأخبره، فقال: اخترت علينا، أبعدك الله. فأبعده بمجرد احتياله، ولم يخبره أن له الرجوع.

---

(١) مغني المحتاج، ج٣ ص ١٩٣، مرجع سابق.
(٢) شرح مختصر خليل، ج٦ ص ١٩، مرجع سابق.مغني المحتاج، ج٣ ص ١٩٣، مرجع سابق، المغني، ج٤ ص ٣٩٣، مرجع سابق.
(٣) سبق تخريجه ، ص ١٠٣.

الدليل الثالث: إنها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه، ولا ممن يدفع عنه، فلم يكن فيها رجوع، كما لو أبرأه من الدين[١].

الدليل الرابع: إن الحوالة مبرئة بلا خلاف، وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة، فتفيد البراءة مطلقا [٢].

الدليل الخامس: إن الحوالة مبرئة بلا خلاف، وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة، فتفيد البراءة مطلقا.

وفسر الإمام أحمد المليء بقوله: " فسر الإمام أحمد - رضي الله عنه – المليء، فقال: هو أن يكون مليئا بماله وقوله وبدنه، وجزم به في المحرر، والنظم، والفروع، والفائق، وغيرهم، زاد في الرعاية الصغرى، والحاويين: أو فعله وزاد في الكبرى عليهما: وتمكنه من الأداء، وقيل: هو المليء بالقول والأمانة، وإمكان الأداء، قال الزركشي عن تفسير الإمام أحمد: الذي يظهر أن المليء بالمال: أن يقدر على الوفاء، والقول: أن لا يكون مماطلا، والبدن: أن يمكن حضوره إلى مجلس الحكم "[٣].

الرأي الثاني: ذهب فقهاء الحنفية إلى أن المحال، له الرجوع على المحيل إذا أفلس المحال عليه، ولا تبرأ ذمة المحيل[٤].

واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: ما روي عن عثمان - رضي الله عنه - أنه قال: إذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان، ولا توى على مال مسلم، ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الإجماع [٥].

---

(١) المغني، ج ٣ ص ٣٩٣، مرجع سابق.
(٢) بدائع الصنائع، ج٦ ص ١٨، مرجع سابق.
(٣)ا لمرداوي،علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،ج٥ ص٢٢٧، الناشر:دار إحياء التراث العربي.
(٤) ابن نجيم الحنفي، سراج الدين عمر بن إبراهيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ج٣ ص ٥٨٨، تحقيق: أحمد عزو عناية، الناشر: دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢ م.
الميداني الحنفي، عبد الغني بن طالب، اللباب في شرح الكتاب، ج٢ ص ١٦١، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.
(٥) البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية،ج٧ ص٢٤٤،الناشر:دار الفكر.

مناقشة الدليل: حديث عثمان لم يصح، يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان، ولم يصح سماعه منه، وقد روي أنه قال: في حوالة أو كفالة، وهذا يوجب التوقف، ولا يصح، ولو صح كان قول علي مخالفا له [١].

ودعوى الإجماع فيها نظر، إذ إنها مخالفة لرأي جمهور فقهاء الأمة.

الدليل الثاني: إنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاوضين، فكان له الفسخ، كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه.

مناقشة الدليل: قولهم: إنه معاوضة لا يصح؛ لأنه يفضي إلى بيع الدين بالدين، وهو منهي عنه، ويفارق المعاوضة بالثوب؛ لأن في ذلك قبضا يقف استقرار العقد عليه، وها هنا الحوالة بمنزلة القبض، وإلا كان بيع دين بدين[٢].

والراجح بعد النظر في أقوال الفقهاء، رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة للأسباب التالية:

أولا: إن عقد الحوالة من عقود التوثيقات التي تستقر برضا أطراف عقد الحوالة، ومقتضاه نقل الحق من ذمة إلى ذمة؛ مما يقتضي براءة ذمة المحيل، وإلا كان عقد كفالة.

ثانيا: رضا أطراف عقد الحوالة بمثابة القبض في عقد البيع، فكما أن استقرار المبيع يكون بقبضه، فالحوالة بمنزلة القبض.

ثالثا: إن شروط المحال عليه تكفي لعدم العود على المحيل، كالأمانة والملاءة القولية والمالية.

رابعا: إن الإفلاس على المحال عليه ممكن حصوله مع المحيل فلا فرق بينهما.

وجاء في المجموع خلاصة هذه الأقوال:

" إذا أحال بالحق انتقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وبرئت ذمة المحيل، وهو قول العلماء كافة.

---

(١) المغني، ج٤ ص ٣٩٤، مرجع سابق.
(٢) المغني، ج٤ ص ٣٩٤، مرجع سابق.

وقال زفر: لا ينتقل الحق من ذمة المحيل، وانما يكون له مطالبة أيهما شاء كالضمان دليلنا: أن الحوالة مشتقة من تحويل الحق، والضمان مشتق من ضم ذمة إلى ذمة، فيجب أن يعطى كل لفظ ما يقتضيه، إذا ثبت أن الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فإن الحق لا يعود إلى ذمة المحيل بإفلاس المحال عليه، ولا بموته، ولا بجحوده ويمينه، وبه قال مالك والليث وأحمد رضى الله عنهم، وروى ذلك عن علي كرم الله وجهه.

وقال أبو حنيفة: يرجع إليه في حالين، إذا مات المحال عليه مفلسا، وإذا جحد الحق وحلف.

وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع إليه في هذين الحالين، وفى حالة ثالثة إذا أفلس المحال عليه، وحجر عليه "[١].

(١) المجموع، ج١٣ ص ٤٣٤ – ٤٣٥.

المبحث الثالث

استقرار الحق وأثره في عقدالرهن

المطلب الأول:تعريف الرهن وأركانه

الفرع الأول: تعريف الرهن

إن الغاية من عقود التوثيقات حفظ الحقوق؛ لأن الناس متفاتون في الأداء، ومنها ما يكون بمال كالرهن والحوالة، ومنها ما يكون بلا مال كالكفالة، والرهن من أفضل طرق التوثيق في حفظ الحقوق؛ لأن العين المرهونة محبوسة حتى أداء الحق، أو استيفاء الحق من العين المرهونة.

والرهن في لغة العرب: أصل يدل على ثبات شيء يمسك بحق أو غيره، من ذلك الرهن: الشيء يرهن، تقول: رهنت الشيء رهنا ; ولا يقال أرهنت، والشيء الراهن: الثابت الدائم، ورهن لك الشيء: أقام،وأرهنته لك: أقمته، والجمع رهون ورهان ورهن[(١)].

والرهن يقتضي الحبس، والحبس يقتضي اللزوم والثبوت والدوام، ويقتضي الحبس ثباتا وعدم مفارقة. وتعددت تعريفات الفقهاء للرهن في الشرع وأبرزها:

تعريف الحنفية: (حبس شيء مالي): أي جعله محبوسا لأن الحابس هو المرتهن بحق يمكن (استيفاؤه): أي أخذه (منه): كلا أو بعضا كأن كان قيمة المرهون أقل من الدين (كالدين): كاف الاستقصاء لأن العين لا يمكن استيفاؤها من الرهن إلا إذا صار دينا حكما كما سيجيء (حقيقة) وهو دين واجب ظاهرا وباطنا أو ظاهرا فقط كثمن عبد أو خل وجد حرا أو خمرا (أو حكما) كالأعيان (المضمونة بالمثل أو القيمة) [(٢)].

تعريف المالكية: احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفي الحق من ثمنها، أو من ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم، مفردة كانت أو مشاعة[(٣)].

تعريف الشافعية: جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه [(٤)].

---

(١)ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، معجم مقاييس اللغة، ج٢ ص ٤٥٢، تحقيق:عبد السلام هارون، الناشر: دار الفكر ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

(٢)ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، لسان العرب، ج١٣ ص١٨٨، ط٣ ١٤١٤هـ، الناشر دار صادر بيروت.

(٣) المازري المالكي، محمد بن علي بن عمر، شرح التلقين، ج٣ ص ٣٣١، تحقيق: محمد المختار السلامي، ط١ ٢٠٠٨م، الناشر: دار الغرب الإسلامي.

(٤)مغني المحتاج، ج٣ ص ٣٨، مرجع سابق.

تعريف الحنابلة: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه [١].

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في تعريف الرهن في المادة ٧٠١: " حبس مال محبوس وتوقيفه مقابل حق يمكن استيفاؤه منه " [٢].

ونجد عقد الرهن كعقد من عقود التوثيق، يتعلق بالمرهون ذاته، فيفترق عن الكفالة لتعلقها بالذمة، وعن الحوالة لأنها نقل المال من ذمة إلى ذمة.

ونجد تعريف الحنفية من أشمل التعريفات، إذ إن حبس الشيء يقتضي كون الحق مضمونا لأن المرهون محبوس، وشمل الحق المالي عند قوله: " بحق " وقولهم " يمكن استيفاؤه منه " يقتضي كونه غير معرض للفساد أو الهلاك، وقولهم: " كالدين حقيقة أو حكما " يقتضي عدم وجود الدين المعدوم، والتعريف لو كان:"حبس عين مالية " لكان أفضل.

الفرع الثاني: أركان الرهن وشروطه

أولا: أركان الرهن

إن أركان الرهن عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن أركان الرهن خمسة، الراهن: معطي الرهن، والمرتهن: آخذ الرهن، والمرهون:ما احتبس من المال وثيقة للحق، والمرهون به: وهو الحق والصيغة:الإيجاب من الراهن والقبول من المرتهن، وعند فقهاء الحنفية الصيغة من الإيجاب والقبول.

جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة ٧٠١ ـ ٧٠٥: " الارتهان: أخذ الرهن، الراهن:هو الشخص الذي يعطي الرهن أي المدين الذي يعطي المرهون، المرتهن هو الشخص الذي يأخذ الرهن: أي الدائن العدل هو الشخص الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وأودعاه وسلماه الرهن " [٣]

والخلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية في الركن في جميع أنواع العقود، إذ إن الركن عند الجمهور أوسع بمفهومه من الحنفية، فالركن عند الجمهور ما توقف عليه وجود الشيء ولا يمكن تصوره إلا به، سواء كان جزءا منه أم لا.

أما الحنفية فالركن عندهم ما كان جزءا من الشيء وتوقف وجوده عليه، والخلاف بين الجمهور والحنفية خلاف لفظي لا يترتب عليه عمل كما ذكرت سابقا.

---

(١)المغني، ج٤ ص ٢٤٥، مرجع سابق.
(٢)مجلة الأحكام العدلية، ص ١٣٣، مرجع سابق.
(٣) مجلة الأحكام العدلية، ص ١٣٣، مرجع سابق.

وأخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٧٠٦ برأي الحنفية: " ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن فقط " (١).

ثانيا: شروط الرهن.

يقول الإمام البهوتي:

" وشروط للرهن ستة: شروط أحدها: (تنجيزه) أي الرهن فلا يصح مطلقا كالبيع.

و الثاني: (كونه) أي الرهن، (مع حق) كأن يقول: بعتك هذا بعشرة إلى شهر ترهنني بها عبدك هذا فيقول: اشتريت ورهنت فيصح لدعاء الحاجة إليه ولو لم يعقد مع الحق لم يتمكن من إلزام المشتري به بعد (أو بعده) أي: الحق لقوله تعالى {ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة} [البقرة: ٢٨٣] فجعله بدلا عن الكتابة فيكون في محلها وهو بعد وجوب الحق وعلم منه أنه لا يصح قبل الدين؛ لأن الرهن تابع له كالشهادة فلا يتقدمه.

(و) الثالث: كون راهن (ممن يصح بيعه) وتبرعه ; لأنه نوع تصرف في المال فلم يصح إلا من جائز التصرف كالبيع.

(و) الرابع (ملكه) أي الراهن لرهن (ولو لمنافعه بإجارة أو) للانتفاع به (بإعارة) فيصح رهن مؤجر ومعار (بإذن مؤجر ومعير) وإن لم يعين الدين أو يصفه أو يعرف ربه، لكن إن شرط شيئا من ذلك فخالفه لم يصح الرهن ; لأنه لم يؤذن له فيه إلا إذا أذن في رهنه بقدر فزاد عليه، فيصح في المأذون به دون ما زاد كتفريق الصفقة (ويملكان) أي: المؤجر والمعير (الرجوع) عن إذن في رهن (قبل إقباضه) أي: المستأجر والمستعير الرهن ; لأنه لا يلزم إلا بالقبض.

و (لا) يملك مؤجر الرجوع (في إجارة) عين (لرهن قبل) مضي (مدتها) أي الإجارة للزومها (ولمعير) عينا ليرهنها مستعير (طلب راهن) لمستعار (بفكه) أي: الرهن (مطلقا) أي: عين مدة الرهن أو لا حالا كان الدين أو مؤجلا في محل الحق وقبله؛ لأن العارية لا تلزم.

(وإن بيع) رهن مؤجر أو معار في وفاء دين (رجع) مؤجر ومعير على راهن (بمثل مثلي) ; لأنه فوته على ربه أشبه ما لو أتلفه.

(و) رجع (بالأكثر من قيمة متقوم أو ما) أي: ثمن (بيع به) قدمه في التنقيح؛ لأنه إن بيع بأقل من قيمته ضمن راهن نقصه وبأكثر قيمته كله لمالكه، إذ لو أسقط مرتهن حقه من رهن رجع ثمنه كله لربه فإذا قضى به دين الراهن رجع به عليه، ولا يلزم من ضمان نقصه أن تكون زيادته لربه كما لو كان باقيا بعينه (والمنصوص) يرجع (بقيمته) يوم بيعه أي: المتقوم لا ما بيع به كما لو تلف، صححه في الإنصاف (وإن تلف) رهن معار أو مؤجر بتفريط ضمنه راهن ببدله، وبلا

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، ص ١٣٤، مرجع سابق.

تفريط (ضمن) الراهن (المعار لا المؤجر)؛ لأن العارية مضمونة، والمؤجرة أمانة إن لم يتعد أو يفرط.

(و) الخامس (كونه) أي الرهن (معلوما جنسه وقدره وصفته)؛ لأنه عقد على مال فاشترط العلم به كالمبيع.

(و) السادس كونه (بدين واجب) كقرض وثمن وقيمة متلف (أو) بشيء (مآله إليه) أي: الدين الواجب (فيصح بعين مضمونة) كغصب وعارية (ومقبوض) على وجه سوم و (بعقد فاسد و) يصح (بنفع إجارة في ذمة) كخياطة ثوب وبناء دار وحمل معلوم إلى موضع معين ; لأنه ثابت في الذمة ويمكن وفاؤه من الرهن بأن يستأجر من ثمنه من يعمله " (١).

يتبين من خلال النص السابق شروط الرهن، ويمكن إجمالها في ما يلي:

يشترط في صيغة عقد الرهن الشروط العامة لانعقاد العقود:

أولا: تطابق الإيجاب والقبول.

ثانيا: اتحاد مجلس العقد.

ثالثا: أن لا يكون معلقا على شرط ولا مضافا إلى زمان مستقبل.

ويشترط في المرهون به: أي سبب الرهن الحق الذي يجعل في مقابله الرهن:

أولا: أن يكون واجب التسليم على الراهن.

ثانيا: أن يكون الدين لازما.

ثالثا: أن يكون واجب التسليم ظاهرا وباطنا.

رابعا: أن يكون معلوما.

ويشترط في المال المرهون:

أولا: أن يكون مالا سواء كان منقولا أم غير منقول.

ثانيا: أن يكون متقوما: أي يباح الانتفاع به شرعا.

ثالثا: أن يكون موجودا وقت عقد الرهن.

رابعا: أن يكون مقدور التسليم وقت عقد الرهن.

خامسا: أن يكون معلوما مملوكا صالحا للبيع.

---

(١) البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ج٢ ص١٠٧، ط١ ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، الناشر: عالم الكتب.

المطلب الثاني: استقرار الحق في الرهن

الفرع الأول: وجوب الحق في الرهن

يجب الحق في عقد الرهن بمجرد العقد: أي الإيجاب والقبول.

يقول الإمام عبد الوهاب المالكي:"يلزم الرهن بمجرد القول، ولأنه عقدٌ لازمٌ فوجب أن يلزم بنفس القول كالنكاح والبيع؛ ولأنه عقد وثيقةٍ فوجب أن يلزم بنفس القول كالكفالة " (١).

يقول الإمام المرغيناني: " الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض " (٢).

يقول مجد الدين ابن تيمية: " أنه يلزم بمجرد العقد فمتى أبى الراهن أن يسلم أجبر " (٣)

الفرع الثاني: استقرار الحق في الرهن

إن عقد الرهن من العقود التبعية، التي تضمن بها الحقوق فلا بد من وجود عقد سابق لعقد الرهن، إذ إن عقد الرهن مترتب عليه؛ لأنه شرع لتوثيق الحقوق وهذا الحق يكون بوجود حق للمرتهن على الراهن، ومحل بحثنا في الرهن لا في الحق السابق لعقد الرهن.وعقد الرهن فيه استقراران:

الأول: استقرار في المرهون ولا يمكن أن يتم إلا بالقبض، ولا يتصور وجود عقد الرهن بدون القبض أبدا.

الثاني: استقرار في التصرف بالمرهون أي ماليته، عند حلول الأجل وعدم وفاء الراهن للمرتهن بحقه.

يقول الإمام الكاساني الحنفي: " أن قبض المرهون شرط صحة الرهن، ولما ضمن المرتهن تبين أن قبضه لم يصح، فتبين أن الرهن لم يصح، إذ لا صحة له بدون القبض " (٤).

يقول الدسوقي المالكي: " يقتضي أن الرهن يقبض من الراهن وأنه يباع إذا لم يوف الراهن الدين، فإذا شرط الراهن أنه لا يقبض منه، أو أنه لا يباع في الدين الذي رهن فيه، كان ذلك الشرط مناقضا لما يقتضيه عقد الرهن " (٥).

---

(١) محمد البغدادي المالكي، أبو عبد الوهاب بن علي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج ٢ ص ٥٧٦، تحقيق: الحبيب بن طاهر، ط١ ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م، الناشر: دار ابن حزم.
(٢) الهداية بشرح البناية، ج١٠ ص ١٣٦، مرجع سابق.
(٣) أبو البركات ابن تيمية، عبد السلام بن عبدالله، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ج١ ص٣٣٥، ط٢ ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، الناشر: مكتبة المعارف – الرياض.
(٤) بدائع الصنائع، ج٦ ص ٩٦، مرجع سابق.
(٥) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج٣ ص٢٤٠، الناشر: دار الفكر.

قال الإمام الشافعي في الأم:" فلما كان معقولا أن الرهن غير مملوك الرقبة للمرتهن ملك البيع، ولا مملوك المنفعة له ملك الإجارة لم يجز أن يكون رهنا إلا بما أجازه الله - عز وجل - به من أن يكون مقبوضا، وإذا لم يجز فللراهن ما لم يقبضه المرتهن منه منعه منه، وكذلك لو أذن له في قبضه فلم يقبضه المرتهن حتى رجع الراهن في الرهن كان ذلك له؛ لما وصفت من أنه لا يكون رهنا إلا بأن يكون مقبوضا، وكذلك كل ما لم يتم إلا بأمرين فليس يتم بأحدهما دون الآخر مثل الهبات التي لا تجوز إلا مقبوضة، وما في معناها " (١).

يقول ابن قدامة الحنبلي: " الرهن قد لزم لاتصال القبض به، وكل موضع زال لزوم الرهن لزوال القبض، اعتبر الإذن في القبض الثاني؛ لأنه قبض يلزم به الرهن "(٢).

فيتبين لدينا من خلال هذه النصوص، أن استقرار الحق في العين المرهونة لا يمكن تصوره، إلا في حالة القبض وعبارة الإمام الشافعي – رحمه الله تتعالى – من أوضح العبارات أن لا يعقل وجود الرهن في حالة عدم القبض.

واستقرار الحق في المرهون بالقبض، متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة، وما ذكرته من أقوال الفقهاء يتعلق باستقرار الحق في العين المرهونة، وهو الاستقرار الأول للحق في عقد الرهن، ولا بد من التنبه أن المرتهن لا يستقر حقه في المرهون كوثيقة لضمان الحق إلا بالقبض، مع وجود الحق المالي في المرهون عندد حلول الأجل.

وأما ما يتعلق بالاستقرار الثاني للحق عند حلول الأجل، فعبارات الفقهاء تدل عليه أيضا في كتبهم، يقول الإمام السرخسي الحنفي: " وإذا أراد العدل بيع الرهن قبل حل الأجل لم يكن له ذلك؛ لأنه سلط على البيع لقضاء الدين عند امتناع الراهن من قضاء الدين من موضع آخر، وإنما يتحقق ذلك بعد حلول الأجل؛ لأن المطالبة بقضاء الدين تتوجه عليه عند ذلك "(٣).

قال البراذعي المالكي: "ومن ارتهن رهناً وجعلاه على يد عدل أو على يد المرتهن، إلى أجل كذا وشرطا إن جاء الراهن بحقه إلى ذلك الأجل، وإلا فلمن على يديه الرهن بيعه، فلا يباع إلا بإذن السلطان وإن شرط ذلك، فإن بيع نفذ بيعه ولم يرد، وإن لم يأذن له في بيعه رفعه المرتهن إذا حل الأجل إلى السلطان، فإن أوفاه حقه وإلا باع له الرهن فأوفاه حقه " (٤).

---

(١) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم،ج٣ ص١٤١٠،١٤٢هـ ١٩٩٠م، الناشر: دار المعرفة – بيروت.
(٢)المغني، ج٤ ص٢٩٤، مرجع سابق.
(٣) المبسوط، السرخسي، ج٢١ ص٨٣، مرجع سابق.
(٤)البراذعي المالكي، خلف بن أبي القاسم، التهذيب في اختصار المدونة، ج٤ ص ٥٣، تحقيق: محمد الأمين، ط١ ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث – دبي.

جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة: "ويستحق بيع المرهون عند الحاجة: بأن حل الدين ولم يوف " [(١)].

يقول الإمام ابن قدامة المقدسي:" إذا أذن للراهن في بيع الرهن بعد حلول الحق، جاز، وتعلق حقه بثمنه " [(٢)].

يقول الإمام ابن قدامة المقدسي: " والرهن عقد استيثاق يتعلق بالأعيان، التي فيها المالية وهي باقية فعلى هذا تكون العرصة والأنقاض من الخشب والأحجار ونحوها من الرهن؛ لأن العقد وارد على جميع الأعيان والأنقاض منها وما دخل في العقد استقر بالقبض " [(٣)].

فنجد من خلال النصوص السابقة، وضوحا في بيان استقرار الحق في الثمن عند حلول الأجل، مما يدل على أن هناك استقرارا آخر في العين المرهونة، يتعلق بثمنها عند حلول الأجل، ولعل كلام ابن قدامة المقدسي في غاية الوضوح ببيع المرهون، عند حلول الأجل؛ لتعلق الحق بالثمن.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على استقرار الحق في عقد الرهن

المسألة الأولى: استدامة القبض

إذا قبض المرتهن المرهون، هل يشترط أن يبقى في يده، أم يجوز أن يخرج من يده ولا يشترط دوام القبض ؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، وسبب الاختلاف ذكره الإمام القرافي بقوله: " إن عقد الرهن هذا أفاد، فعنده أفاد أنه صار ببيعه في دينه عند الأجل، وإنما شرع القبض عند ليلزم؛ لأنه تبرع عنده لا يلزم إلا بالقبض، وعندنا أنه محبوس بالدين عنده فيكون الاختصاص قائما مقام ملك العين فهنا مقصودان حبسه واستحقاق البيع وهو أعظمهما "[(٤)].

اختلف الفقهاء في دوام قبض المرهون على قولين:

---

(١)قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي – أحمد البرسلي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج٢ ص٣٤٠، ط ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، الناشر: دار الفكر – بيروت.

(٢) المغني، ج٤ ص ٣٠٢، مرجع سابق.

(٣) ابن قدامة المقدسي، عبد الرحمن بن محمد، الشرح الكبير على متن المقنع، ج٤ ص ٣٩٦، الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.

(٤) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ج٨ ص١٢٤، ط١ ١٩٩٤م، الناشر: دار الغرب الإسلامي – بيروت.

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، إلى اشتراط دوام القبض(١)، واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: قال الله تعالى: ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾

البقرة: ٢٨٣

وجه الدلالة: إذا رد الرهن وجب ألا يصدق عليه مقبوضا، فيكون وصفا لقبض معدوم، والله تعالى قد اشترطه في الرهن؛ لأن الوصف يجري مجرى الشرط ويلزم من عدم الشرط عدم المشروط، فلا يكون هذا رهنا فلا يستحق بيعه وهو المطلوب.

الدليل الثاني: إن معنى الرهن في اللغة الحبس والثبوت فإذا لم يثبت ويدم لا يكون رهنا لغة فلا يكون رهنا شرعا وهو المطلوب.

الدليل الثالث: أمرنا برهن مقبوض إجماعا وأجمعنا على أن ما ذكرناه موف بمقتضى هذا الأمر ومقتضى المشروعية فيه فوجب ألا يكون ما ذكرتموه مشروعا لعدم ما يقتضي (٢).

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى عدم اشتراط دوام قبض المرهون، فخروج المرهون من يد المرتهن، لا يبطل الرهن كعقد من عقود التوثيقات واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة "(٣).

وجه الدلالة: جعل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الرهن مركوبا ومحلوبا ولا يخلو أن يكون ذلك للراهن أو للمرتهن فلم يجز أن نجعل ذلك للمرتهن لأمرين:

أحدهما: إجماعهم على أن المرتهن لا يستحق ذلك.

والثاني: أنه جعل على الراكب والشارب نفقة الرهن، والنفقة واجبة على الراهن دون المرتهن، فثبت بهذين جواز ذلك للراهن، فصار مستحقا لإزالة يد المرتهن عنه، ثم لم يزل حكم الرهن عنه فثبت أن استدامة قبضه ليست شرطا في صحته.

---

(١)شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج٢ ص ٥٩٢، الناشر: دار إحياء التراث العربي. انظر: تحفة الفقهاء، ج٣ ص ٣٨، مرجع سابق، بدائع الصنائع، ج٦ ص ١٤٢، مرجع سابق، ابن الحاجب الكردي، جامع الأمهات، ص ٣٧٨، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٦ ص ٥٥٦، ابن قدامة المقدسي، عبد الحمن بن محمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢ ص٧٨، ط١ ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، الناشر: دار الكتب العلمية.

(٢)القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ج ٨ ص ١٢٥، الناشر: دار الغرب الإسلامي – بيروت،ط١ ١٩٩٤م، المبسوط ج٢١، ص ٦٨، مرجع سابق.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب، حديث ١١٤٧، ج٢ ص ١٦٨.

مناقشة الدليل: إن الحديث لم يعين الحالب والراكب فنحمله على المرتهن بإذن الراهن، والمطلق يتأتى بصورة وهذه الصورة مجمع عليها فيسقط النص.

الدليل الثاني: ولأنه عقد من شرط لزومه القبض، فوجب أن لا يكون من شرط صحته استدامة القبض كالهبة والصرف.

مناقشة الدليل: الفرق أن مقصود الهبة الملك وزوال اليد لا ينافيه، ومقصود الرهن التوثق وزوال اليد ينافيه ولا سيما والرهن معناه الاحتباس والثبوت.

الدليل الثالث: إن القبض في الرهن أوسع من القبض في البيع، لجواز اشتراط الرهن على يدي عدل، فلما لم تكن استدامة القبض في البيع مع قوته شرطا في صحته؛ فلأن لا تكون استدامة القبض في الرهن مع ضعفه شرطا في صحته أولى.

مناقشة الدليل: إن القبض صفة لازمة لأن الرهن الاحتباس والدوام فإذا بطل القبض بطل الرهن فكما أجمعنا على معنى الرهن يجب دوامه فيجب دوام القبض وهو المطلوب (١).

والذي يترجح بعد عرض الأدلة ومناقشتها، رأي جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم، والاستقرار في عقد الرهن لا يحصل إلا بالقبض ودوامه، فإذا زال القبض زال الاستقرار، وبطل الرهن لعدم تحقق الغاية منه في أخذ الحق عند حلول الأجل.

المسألة الثانية: بيع المرهون عند حلول الأجل.

يستقر حق المرتهن في مالية المرهون، عند حلول الأجل إذا كان مؤجلا، فإذا حل الأجل طالب المرتهن الراهن بأداء ما عليه من دين، فإن أدى الراهن ما عليه، انفك المرهون ولا حق للمرتهن في المرهون، فإن لم يؤد الراهن ما عليه، أو أدى جزءا من الدين، وبقي جزء منه وجب على الراهن بيع المرهون بنفسه أو بوكيله بإذن المرتهن؛ لأن له حقا في المرهون، ويقدم حقه على سائر الغرماء لاستقرار حقه في المرهون.

يقول الإمام ابن قدامة المقدسي: " إذا حل الحق، لزم الراهن الإيفاء؛ لأنه دين حال، فلزم إيفاؤه، كالذي لا رهن به، فإن لم يوف، وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن، باعه، ووفى الحق من ثمنه، وما فضل من ثمنه فلمالكه، وإن فضل من الدين شيء فعلى الراهن، وإن لم يكن أذن لهما في بيعه، أو كان قد أذن لهما ثم عزلهما، طولب بالوفاء وبيع الرهن، فإن فعل، وإلا فعل الحاكم " (٢).

---

(١)الحاوي الكبير، ج٦ ص ١٣، مرجع سابق. البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج٦ ص ٢٢، مرجع سابق، المجموع ج١٣ ص ١٩٢، مرجع سابق، الذخيرة، ج٨ ص ١٢٦، مرجع سابق.

(٢) المغني، ج٤ ص ٣٠٣، مرجع سابق.

أما إذا امتنع الراهن عن بيع المرهون، رفع الأمر إلى الحاكم أو من يقوم مقامه، فيطلب من الراهن أداء الدين أو بيع المرهون، فإن أبى البيع، أجبره الحاكم على بيع المرهون، فإن أبى الراهن بيع المرهون، فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب فقهاء الحنفية إلى أن المرتهن له حق المطالبة بالدين، حتى مع حلول الأجل، والقاضي يحبس الراهن إلى أن يؤدي الدين، واعتبروا بيع المرهون هدرا لأهلية الراهن، فلا يباع إلا بإذنه. قال الميداني الحنفي: **"**فإذا ظهر ظلمه حبسه القاضي به وإن كان به رهن (وإن كان الرهن في يده): أي يد المرتهن (فليس عليه أن يمكنه من بيعه) أي الرهن (حتى) أي لأجل أن (يقضيه الدين من ثمنه) لأن حكم الرهن الحبس الدائم إلى قضاء الدين لأجل الوثيقة، وهذا يؤدي إلى إبطاله (فإذا قضاه الدين قيل له) أي للمرتهن: (سلم الرهن إليه) أي إلى الراهن، لزوال المانع من التسليم وهو الدين **"** (١)

الرأي الثاني: ذهب فقهاء المالكية إلى أن القاضي يبيع المرهون، ويؤدي الحق للمرتهن، فالرهن شرع لحفظ الحقوق المالية، فيتم استيفاء المال من المرهون ببيعه (٢).

الرأي الثالث: ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أن القاضي، يجبر الراهن على أداء الدين من ماله أو من الرهن، فإن أبى حبسه القاضي أو ضربه؛ حتى يبيع المرهون، فإن أبى باعه القاضي؛ لأن المرتهن له حق فيه ولا يتعين أداء الحق إلا ببيعه (٣).

والراجح من هذه الآراء، ما ذهب إليه فقهاء المالكية من بيع القاضي للمرهون، وإعطاء المرتهن حقه؛ لاستقرار حقه المالي في المرهون، ولا بد أن يباع المرهون بثمن مستقر يؤدى للمرتهن؛ لحلول الأجل في الحق المالي.

---

(١) الميداني الحنفي، عبد الغني بن طالب، اللباب في شرح الكتاب، ج٢ ص ٦٠، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

(٢) المازري المالكي، محمد بن علي بن عمر، شرح التلقين، ج٣ ص ٤٦٣، تحقيق: محمد المختار السلامي، ط١ ٢٠٠٨م، الناشر: دار الغرب الإسلامي.

(٣) الرافعي، عبد الكريم بن محمد، فتح العزيز بشرح الوجيز، ج١٠ ص ١٢٧، الناشر: دار الفكر. ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد، منتهى الإرادات، ج٢ ص ٤١٤، تحقيق: عبد الله التركي، ط١ ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، الناشر: مؤسسة الرسالة.

ومما يؤكد هذا الترجيح في هذه المسألة ما ذكره المازري المالكي بقوله: " قد تقرر في أصل الشرع أن مِلك الإنسان لا يباع عليه إلا بعد ثبوت سبب يوجب بيعَه، عليه بغير اختياره. والذي تعلق حقه بالرهن؛ توثُّقًا به ليستوفي دينَه منه لم يمْلِك بذلك عيْن الرهن فيكونَ له بيعه، وإنما ملك استيفاء دينه، وبالإجماع إذا فكّ الراهن الرهن، ودفع الدين الذي عليه لمن استحق التوثق بالرهن، فإنه يأخذ رهنه، ولا يمْنع منه، فإذا كان الأمر كذلك، وحلّ أجل الدين، وكان الراهن حاضرًا ولم يوكل أحدًا بحكم بيعه، فلا خفاء بأن مطالعته واستئذانه في البيع واجب، فهو حق من حقوقه لجواز أن يَشِح على خروج الرهن من يديه ويَدْفع مِنْ عنده ما هو رهن به، أو يتسلف عليه من رجل آخر ما يفك الرهن به، فإن طالعه على ذلك، ولم يُفكَّ الرهن أو أظهر العجز عن فكه، أمِر ببيعه وهو بيد المرتهن، أو بيد العدل، ويمنع من رجوعه إليه، فإن لذَ وامتنع باعه القاضي عليه " (١)

---

(١)شرح التلقين، ج٣ ص ٤٦٣، مرجع سابق.

الفصل الرابع

استقرار الحق وأثره في المعاملات المالية المعاصرة

المبحث الأول

استقرار الحق وأثره في بيع المرابحة للآمر بالشراء

المطلب الأول: تعريفها وشروطها وعناصرها

الفرع الأول:تعريف بيع المرابحة

أولا: المرابحة لغة: ربح في تجارته، واشترى سلعة يطلب فيها الرّبح والرّبح والرّباح، وهو يتربح ويترقّح أي يطلب الأرباح ويتكسب، ورابحته على سلعته.

الربح والربح والرباح: النماء في التجر. ابن الأعرابي: الربح والربح مثل البدل والبدل، وقال الجوهري: مثل شبه وشبه، هو اسم ما ربحه، وربح في تجارته يربح ربحا وربحا ورباحا أي: استشف [(١)].

ثانيا: المرابحة اصطلاحا: إن مصطلح المرابحة معروف عند الفقهاء القدامى، بل غصت كتب المذاهب به.

فقد عرفه الحنفية بقولهم: "مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح ".

وعرفوه أيضا " نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح " [(٢)].

وعرفه المالكية بقولهم: " أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها، ويأخذ منه ربحا أما على الجملة، مثل أن يقول: اشتريتها بعشرة وتربحني دينارا أو دينارين وأما على التفصيل وهو أن يقول: تربحني درهما لكل دينار أو غير ذلك " [(٣)].

وعرفه الشافعية بقولهم: " عقد يبنى الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة، بأن يشتري شيئا بمائة، ثم يقول لغيره: بعتك هذا بما اشتريته وربح " [(٤)].

---

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، لسان العرب فصل الراء المهملة – مادة ربح، ج٢ ص ٤٤٢، ط٣ ١٤١٤هـ، الناشر: دار صادر - بيروت. الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو، أساس البلاغة، ج٢ ص ٣٢٨، تحقيق: محمد باسل عيون السود، ط١ ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، الناشر: دار الكتب العلمية: بيروت – لبنان.

(٢) بدائع الصنائع، ج٥ ص١٣٥، مرجع سابق. الهداية بشرح العناية، ج٦ ص ٤٩٤، مرجع سابق.

(٣) ابن جزي محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ص ١٧٤.

(٤) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٣ ص ٥٢٨، تحقيق: زهير الشاويش، ط٣ ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، الناشر:– المكتب الإسلامي عمان.

وعرفه الحنابلة بقولهم: " أن يخبر برأس ماله ثم يبيع به ويربح، فيقول: رأس مالي فيه مائة، بعتكه بها وربح عشرة " (١).

إن البيع ينقسم إلى أربعة أقسام: الأول: بيع المقايضة: وهو بيع عين بعين.الثاني: الصرف: وهو بيع الدين بالدين. الثالث: السلم: وهو بيع الدين بالعين. الرابع: المطلق: وهو بيع العين بالدين.

والبيع المطلق بالنظر إلى الثمن ينقسم إلى بيع التولية: وهوالمبادلة بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان.

بيع الوضيعة: وهو المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه.

بيع المساومة: وهو مبادلة المبيع بما يتراضى عليه العاقدان.

بيع المرابحة: وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح عليه (٢).

من المعلوم أن بيع المرابحة من بيوع الأمانة، فهو يقوم على أساس معرفة الثمن الأول، وزيادة ربح عليه، ولا بد من أن يكون الثمن الأول معلوما، وأن يكون الربح معلوما.

ثالثا: تعريف بيع المرابحة للآمر بالشراء

جاء في المعيار الثامن تعريف المرابحة للآمر بالشراء: " بيع المؤسسة التي عميلها "(الآمر بالشراء) سلعة بزيادة محددة على ثمنها أو تكلفتها بعد تحديد تلك الزيادة (ربح المرابحة) في الوعد وتسمى المرابحة المصرفية؛ لتمييزها عن المرابحة العادية البسيطة، وتقترن المرابحة المصرفية بتأجيل الثمن، مع أن هذا التأجيل ليس من لوازمها، فهناك مرابحة حالة أيضا، وحينئذ يقتصر البائع على الربح الأصلي دون مقابل الأجل " (٣).

وجاء في الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني عند ذكر أعمال التمويل والاستثمار الجائزة شرعا: " يقدم البنك الإسلامي خدمة الوساطة المالية، عن طريق الاستعداد لشراء المواد التي يرغب العميل في إصدار أمره للبنك؛ لكي يشتريها له نقدا ويبيعها عليه بربح متفق عليه مسبقا " (٤).

---

(١) ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبدالله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢ ص ٥٤، ط١ ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، الناشر: دار الكتب العلمية.
(٢) الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ص ٢٤٠، تحقيق:عدنان درويش- محمد المصري، الناشر:مؤسسة الرسالة – بيروت.
(٣) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ١٠٨المعيار الثامن التعريفات، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، المنامة - البحرين.
(٤) الفتاوى الشرعية، البنك الإسلامي الأردني، ج١ ص ٢٤، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

وسأذكر تعريف الدكتور سامي حمود باعتباره، أول من وضع تعريفا لبيع المرابحة للآمر بالشراء: " أن يتقدم العميل إلى المصرف طالبا منه شراء السلعة المطلوبة، بالوصف الذي يحدده العميل، وعلى أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة فعلا مرابحة، بالنسبة التي يتفقان عليها، ويدفع الثمن مقسطا حسب إمكانياته " (١).

إن تعريفات المعاصرين لبيع المرابحة للآمر بالشراء تدور حول الأسس التالية:

أولا: إن بيع المرابحة للآمر بالشراء ثلاثي الأطراف : أي أنه يوجد عندنا ثلاثة متعاقدين الأول: الآمر بالشراء الثاني: المصرف الاسلامي الثالث :البائع، وهذا الأمر يختلف فيه بيع المرابحة للآمر بالشراء عن المرابحة المعروفة عند الفقهاء المتقدمين: حيث إن المرابحة المعروفة عند الفقهاء المتقدمين ثنائية الأطراف.

الفرع الثاني: عناصر بيع المرابحة المصرفية

أولا: إن بيع المرابحة للآمر بالشراء يتم بإتمام الخطوات التالية:

أ. طلب من العميل يقدمه للمصرف الإسلامي لشراء سلعة موصوفة.
ب. قبول من المصرف لشراء السلعة الموصوفة.
ج. وعد من العميل لشراء السلعة الموصوفة من المصرف بعد تملك المصرف لها.
د. وعد من المصرف ببيع السلعة الموصوفة للعميل وقد يكون الوعد لازما أو غير لازم
ه. شراء المصرف للسلعة الموصوفة نقدا.
و. بيع المصرف للسلعة الموصوفة للعميل بأجل مع زيادة ربح متفق عليها بين المصرف والعميل.

ثانيا: إن بيع المرابحة للآمر بالشراء عند إجالة النظر فيه يتكون مما يلي :

أ. وعد بالشراء من العميل للمصرف ووعد بالبيع من المصرف للعميل وتسمى هذه العملية: مواعدة وتوقع المصارف الاسلامية مع عملائها على ما يسمى وعد بالشراء.
ب. يشتري المصرف السلعة من البائع ويوقع على عقد بيع بين المصرف والبائع.
ج. عقد بيع بين الآمر بالشراء والمصرف الاسلامي بعد تملك المصرف للسلعة الموصوفة بناء على طلب العميل (٢).

---

(١)حمد، د سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص ٤٣٢، ط٢ ١٩٨٩م، مكتبة الرسالة الحديثة – عمان.

(٢)عفانة، حسام الدين موسى، بيع المرابحة للآمر بالشراء، ص ٢٢، ط١ ١٩٩٦م. السرطاوي، محمود علي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، ص ٤٤- ٤٩، ط١ ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، الناشر: دار الفكر – عمان.

الفرع الثالث: حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء.

أولا: إن بيع المرابحة للآمر بالشراء، له صورتان رئيستان:

الصورة الأولى: وعد غير ملزم للطرفين، وله حالتان:

الحالة الأولى: وعد غير ملزم للطرفين، مع عدم ذكر مقدار الربح، فهذه الحالة محل اتفاق بين الفقهاء على جوازها.

الحالة الثانية: وعد غير ملزم للطرفين، مع ذكر مقدار الربح، فجمهور الفقهاء على جوازها، وخالف في ذلك المالكية، بناء على التوسع في الأخذ بالذرائع، فعدوها من العينة المحظورة؛ لأن فيه تهمة سلف جر نفعا، وهذا مردود فالمرابحة بيع يراد به شراء سلعة وتملكها، ومجرد وجود التهمة يفضي إلى تحريم كثير من البيوع المباحة، وهاتان الحالتان محل اتفاق بين الفقهاء المعاصرين [١].

ثانيا: الصورة الثانية، وعد ملزم للطرفين أو أحدهما

إن الصورة التي حصل فيها الخلاف بين المعاصرين، هي المواعدة الملزمة للطرفين أو لأحدهما، وهذه المعاملة بصورتها لم تكن معروفة عند الفقهاء القدامى، وعرفت عند الفقهاء المعاصرين.

واختلفوا في هذه الصورة على رأيين:

الرأي الأول: ذهب غالبية العلماء المعاصرين إلى جواز هذا البيع، ومن هؤلاء العلماء الدكتور القرضاوي وإبراهيم فاضل وسامي حمود وعلي السالوس والصديق الضرير وإبراهيم فاضل ومحمد التسخيري ومحمد بدوي وعبد الحميد السائح ومحمد عمر شابر ومحمود السرطاوي ومحمد تقي العثماني وغيرهم كثير [٢] واستدلوا على الجواز بما يأتي:

أولا: عموم النصوص من الكتاب والسنة التي تدل على حل جميع أنواع البيوع، ومنها بيع المرابحة.

ثانيا: الأصل في المعاملات الإباحة، إلا ما جاء الدليل على تحريمه، فمن ادعى تحريم هذه المعاملة فعليه الدليل.

---

(١) ملحم، أحمد سالم، بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، ص١١٢، ط١ ١٩٨٩م، الناشر: مكتبة الرسالة الحديثة – عمان. الأشقر، محمد سليمان، بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، ص ٤٧، ط٢ ١٤١٥ هـ، الناشر: دار النفائس – الأردن.

(٢)عفانة، حسام الدين موسى، ص ٢٨، بيع المرابحة للآمر بالشراء، ط١ ١٩٩٦م. الزحيلي، وهبة مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته،ج٥ص٣٧٧٧، ط٤،الناشر: دار الفكر – سوريا - دمشق.

ثالثا: المعاملات مبنية على مراعاة العلل والمصالح: إن الشرع لم يمنع من البيوع والمعاملات، إلا ما اشتمل على ظلم وهو أساس تحريم الربا والاحتكار والغش ونحوها، أو خشي منه أن يؤدي إلى نزاع وعداوة بين الناس، وهو أساس تحريم الميسر والغرر، فالمنع في هذه الأمور ليس تعبديا بل هو معلل ومفهوم وإذا فهمت العلة، فإن الحكم يدور معها وجودا وعدما، وهذا هو الأصل في باب المعاملات بخلاف باب العبادات، فالأصل فيه التعبد وامتثال المكلف لما هو مطلوب منه، دون بحث عن العلة أو المصلحة، وبناء على أن الأصل في المعاملات النظر إلى المصلحة، رأينا بعض فقهاء التابعين قد أجازوا التسعير مع ما ورد فيه من الحديث التفاتا إلى العلة والمقصد، ومثل ذلك إجازتهم عقد الاستصناع مع أنه بيع معدوم نظراً لحاجة الناس إليه وجريان العمل به وقلة النزاع فيه.

رابعا: إن القول بجواز هذه المعاملة فيه تيسير على الناس، ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية قد جاءت برفع الحرج عن الناس والتيسير عليهم.

خامسا: النصوص الواردة عن بعض الفقهاء في إجازة هذا العقد وأهم هذه النصوص ما يلي:

أولا: إن أهم نص اعتمد عليه هؤلاء العلماء هو ما قاله الإمام الشافعي في الأم حيث إن د. سامي حمود اشار إلى نص الإمام الشافعي لهذه المسألة فقال: (وقد كانت هذه الصورة من صور الوساطة، التي يستطيع المصرف اللاربوي أن يقوم فيها بأعمال الائتمان التجاري بكل أنواعه منافساً - بكل قوة - سائر البنوك الربوية محل تفكير مشوب بالتخوف، إلى ان اطمأنت النفس بوجود هذا النوع من أنواع التعاقد، مذكورا نصا على وجه التقريب في كتاب الأم للإمام الشافعي حيث يقول رحمه الله في ذلك: "وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال: اشتر هذه وأربحك فيها كذا فاشتراها الرجل، فالشراء جائز والذي قال: أربحك فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعا وان شاء تركه وهكذا إن قال: اشتر لي متاعا ووصفه له أو متاعا أي متاع شئت وانا أربحك فيه، فكل هذا سواء يجوز البيع الأول ويكون فيما أعطى من نفسه بالخيار، وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال: أبتاعه واشتريه منك بنقد أو دين يجوز البيع الأول ويكونان بالخيار في البيع الخيار فإن حد داه جاز" [١].

---

(١) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، ج٣ ص ٣٩، ١٤١٠هـ ١٩٩٠م،الناشر: دار المعرفة – بيروت.

ثانيا: جاء في كتاب الحيل لمحمد بن الحسن الشيباني قال: " قلت: أرأيت رجلا أمر رجلا أن يشتري دارا بألف درهم وأخبره: أنه إن فعل اشتراها الآمر بألف درهم ومائة درهم فأراد المأمور شراء الدار ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يأخذها، فتبقى في يد المأمور كيف الحيلة في ذلك ؟ قال: يشتري المأمور الدار على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام ويقبضها ويجيء الآمر ويبدأ فيقول: قد أخذت منك هذه الدار بألف ومائة درهم فيقول المأمور: هي لك بذلك فيكون ذلك للآمر لازما ويكون استيجابا من المأمور للمشتري: أي ولا يقل المأمور مبتدئا بعتك إياها بألف ومائة؛ لأن خياره يسقط بذلك فيفقد حقه في إعادة البيت إلى بائعه، وان لم يرغب الآمر في شرائها تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار فيدفع عنه الضرر بذلك" (١).

قال العلامة ابن القيم: " رجل قال لغيره: اشتر هذه الدار أو هذه السلعة من فلان بكذا وكذا وأنا أربحك فيها كذا وكذا، فخاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يريدها ولا يتمكن من الرد، فالحيلة أن يشتريها على أنه بالخيار ثلاثة أيام أو أكثر ثم يقول للآمر: قد اشتريتها بما ذكرت فإن أخذها منه وإلا تمكن من ردها على البائع بالخيار، فإن لم يشترها الآمر إلا بالخيار فالحيلة أن يشترط له خيارا أنقص من مدة الخيار التي اشترطها هو على البائع؛ ليتسع له زمن الرد إن ردت عليه" (٢).

سادسا: يجوز أن يكون الوعد لازما للمتعاقدين، في بيع المرابحة للآمر بالشراء لأن الوفاء بالوعد واجب ديانة ويجوز الإلزام به قضاء وهذا قول جماعة من أهل العلم منهم ابن شبرمة، وهو مذهب كثير من السلف منهم الحسن البصري والخليفة عمر بن عبد العزيز واسحق بن راهويه وغيرهم (٣).

الرأي الثاني: عدم جواز بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان ملزما للطرفين أو لأحدهما، وذهب إلى هذا بعض المعاصرين، مثل محمد الأشقر، ورفيق المصري، وبكر أبو زيد وعبد الرحمن عبد الخالق (٤) واستدلوا بأدلة منها:

أولا: إنه منهي عنه شرعا؛ لأنه يعتبر من باب بيع ما لا يملك أو بيع ما ليس عندك.

---

(١) تم نقل النص من كتاب بيع المرابحة للآمر بالشراء لحسام الدين عفانة، ج٣ ص ٣٩.

(٢) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج٤ ص ٢٣، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط١ ١٤١١هـ - ١٩٩١م، الناشر: دار الكتب العلمية.

(٣)انظر: عفانة، حسام الدين موسى، ص ٢٨- ٣٥، بيع المرابحة للآمر بالشراء، ط١ ١٩٩٦م. الزحيلي، وهبة مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته،ج٥ص٣٧٧٧، ط٤،الناشر: دار الفكر– سوريا- دمشق. الضوابط المعيارية، السرطاوي، ص ٤٨ - ٥٣، مرجع سابق. محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ص ٢٢٢، ط٢ ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، الناشر دار القلم – دمشق. القرضاوي، يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريها المصارف الإسلامية، ص١٣ وما بعدها، الناشر: مكتبة وهبة – القاهرة.

(٤) أبو زيد، بكر بن عبد الله، فقه النوازل، ج٢ ص٨٠، ط١ ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، الناشر: مؤسسة الرسالة. اليوسف، عبد الرحمن عبد الخالق، شرعية المعاملات التي تقوم بها البنوك الإسلامية المعاصرة، ص ١٠٤، ط ١٤٠٣هـ، الناشر: مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة. عفانة، حسام الدين موسى، ص ٤١، بيع المرابحة للآمر بالشراء، ط١ ١٩٩٦م.

ثانيا: إن هذه المعاملة تدخل في باب بيع العينة المنهي عنه.

ثالثا: إن هذه المعاملة تدخل ضمن عقدين في عقد (بيعتين في بيعة) فالمواعدة إذا لم تكن ملزمة للطرفين، لم يكن ثمة بيعتان في بيعة،لكنها إذا صارت ملزمة صارت عقدا بعد أن كانت وعدا، وكان هناك بيعتان في بيعة، فالبيعة الأولى بين المصرف وعميله المشتري، والثانية بين المصرف والبائع.

رابعا: إن هذه المعاملة تدخل ضمن بيع الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين وورد النهي عنه شرعا، بيع المرابحة مع الوارد فيه الوعد الملزم؛ يفضي إلى بيع مؤجل البدلين فلا المصرف يسلم السلعة في الحال، ولا العميل يسلم الثمن وهذا ابتداءالدين بالدين أو الكالىء بالكالىء الذي أجمع الفقهاء على النهي عنه مع ضعف الحديث [١].

أما الرد على الذين قالوا بالتحريم فيمكن الرد على أدلتهم من خلال ما يأتي:

الرد على الدليل الأول: قولهم: إن بيع المرابحة من باب بيع ما لا يملك.

ليس مسلما به؛ لأن المصرف يملك السلعة ويقبضها ثم يبيعها، فهو يملك السلعة ملكا حقيقيا.

الرد على الدليل الثاني: قولهم: إن هذه المعاملة تدخل في باب بيع العينة المنهي عنه.

هذا الكلام ليس مسلما به؛ لأن العينة تكون في النقود وليس في السلع، ويراد من العينة التحايل للوصول إلى الربا، وليس القصد عند طرفي العقد في المرابحة بيع النقود أو الوصول إلى الربا.

الرد على الدليل الثالث: إن هذه المعاملة تدخل ضمن عقدين في عقد (بيعتين في بيعة).

هذا الكلام ليس مسلما به، ففي بيع المرابحة يجب الفصل بين الوعد والعقد؛ لأن الآمر بالشراء ليس ملزما بشراء السلعة من المؤسسة ولا يجبر على ذلك.

الرد على الدليل الرابع: إن هذه المعاملة تدخل ضمن بيع الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين.

هذا الكلام ليس مسلما به؛ لأن بيع الدين بالدين يكون في معنى: زدني في الأجل أزدك في القدر، ولا يجري بينهما قبض [٢].

والراجح ما ذهب إليه جمهور المعاصرين؛ لأن البيع يتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية، ويجوز الإلزام بالوعد لكل من المصرف والعميل، ولقوة أدلة الجمهور.، وهذا البيع يتفق ويسر الشريعة الإسلامية.

---

(١) المراجع السابقة.

(٢)الضوابط المعيارية، السرطاوي، ص ٥٤، مرجع سابق. عفانة، بيع المرابحة للآمر بالشراء، ص ٤٠ – ٤٧، مرجع سابق.

المطلب الثاني: استقرار الحق في بيع المرابحة

الفرع الأول: وجوب الحق في بيع المرابحة

إن عقد المرابحة للآمر بالشراء فيه ثلاثة أطراف، المصرف الإسلامي ويجب له الحق في المبيع بمجرد العقد مع البائع، والآمر بالشراء ويجب له الحق في المبيع بعد تملك المصرف للمبيع بمجرد العقد أيضا.

ويجب الحق للبائع في الثمن على المصرف بمجرد العقد، ويجب الحق للمصرف على الآمر بالشراء بمجرد العقد.

يقول الإمام السمرقندي الحنفي: " في بيع المرابحة يعتبر رأس المال وهو الثمن الأول أي: ما ملك المبيع به ووجب بالعقد دون ما نقده، بدلا عن الأول بيانه إذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم أعطى عنها دينارا، أو ثوبا قيمته عشرة دراهم أو أقل أو أكثر فإن رأس المال هو العشرة المسماة في العقد، دون الدينار والثوب لأن هذا يجب بعقد آخر وهو الاستبدال "(١).

يقول الإمام الشيرازي: " ولا يخبر بالثمن إلا بالذي لزم به البيع فإن اشترى بثمن ثم حط البائع عنه بعضه أو ألحق به زيادة، نظرت فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق ذلك بالعقد، ولم يحط في بيع المرابحة ما حط عنه ولا يخبر بالزيادة فيما زاد؛ لأن البيع استقر بالثمن الأول فالحط والزيادة تبرع لا يقابله عوض، فلم يتغير به الثمن وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد، وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط والزيادة

وقال أبو علي الطبري: إن قلنا أن المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به لأن المبيع قد ملكه بالثمن الأول فلم يتغير بما بعده والمذهب الأول؛ لأنه وإن كان قد انتقل المبيع إلا أن البيع لم يستقر فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به " (٢).

يقول الكاساني: " والثمن الأول هو الواجب بالعقد الأول وهو عشرة، وهي خلاف نقد البلد فيجب بالعقد الثاني مثلها، والربح من نقد البلد؛ لأنه أطلق الربح وما أضافه إلى رأس المال، والمطلق ينصرف إلى المتعارف وهو نقد البلد، وإن أضاف الربح إلى العشرة بأن قال: أبيعك

---

(١)السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء ج٢ ص ١٠٧، ط٢ ١٤١٤هـ ١٩٩٤م، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت.

(٢) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي،ج٢ ص ٥٨، الناشر: دار الكتب العلمية.

بربح العشرة أو بربح ده يازده فالعشرة والربح من جنس الثمن الأول أما إذا قال: بربح العشرة فلأنه أضاف الربح إلى تلك العشرة إذا كان من جنسها " (١)

جاء في المعايير الشرعية ٣/ ١ /١: " يحرم على المؤسسة أن تبيع سلعة مرابحة قبل تملكها لها، فلا يصح توقيع عقد المرابحة مع العميل قبل التعاقد مع البائع الأول لشراء السلعة موضوع المرابحة " (٢).

وجاء في فتاوى البنك الإسلامي الأردني: " يشترط في صحة المرابحة، أن يكون الربح معلوما للبائع والمشتري، لا يشترط في بيع المرابحة قبض الثمن حالا، وإذا لم يتم القبض حالا، يخضع لحكم البيع نسيئة، الربح يكون معتبرا برأس المال، وفي بيع النسيئة يكون الثمن مقابل المبيع والأجل " (٣).

الفرع الثاني: استقرار الحق في بيع المرابحة للآمر بالشراء

يستقر الحق في بيع المرابحة للمصرف، بقبض المبيع من البائع، ويستقر الحق للآمر بالشراء بعد دخول المبيع في ملك المصرف بقبض الآمر بالشراء له وتوثيقه في الدوائر الرسمية.

يستقر الحق للبائع في الثمن على المصرف بقبضه عند تسليم المبيع، ويستقر الحق في الثمن للمصرف على الآمر بالشراء بحلول الأجل أو الأقساط.

يقول الإمام العمراني الشافعي: " ولا يخبر إلا بالثمن الذي لزم به العقد، فإن اشتراه بثمن، ولم يلحقا به زيادة ولا نقصانًا.. أجيز بذلك الثمن، وإن ألحقا به زيادةً أو نقصانًا.. نظرت: فإن كان ذلك قبل لزوم البيع، إما في خيار المجلس أو في خيار الشرط، فإن ذلك يلحق بالعقد، ويخبر به في بيع المرابحة، وهذا قول عامّة أصحابنا، إلا أبا عليّ الطبريّ، فإنه قال: إذا قلنا: إن المشتري يملك المبيع بنفس العقد.. فإن ذلك لا يلحق بالعقد. وليس بشيء؛ لأن المبيع وإن انتقل بالعقد، إلا أن الملك لم يستقر، ولهذا يجوز لكل واحدٍ منهما أن ينفرد بفسخ العقد، وإن ألحقا بالعقد زيادة، أو حطّا بعض الثمن بعد الخيار.. لم يلحق بالعقد، وكان ذلك هبة، فإن أراد بيعه مرابحة.. أخبر بما وقع به العقد " (٤).

---

(١) بدائع الصنائع، ج٥ ص ٢٢٢، مرجع سابق.

(٢)هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ٩٤. المعيار الثامن، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، المنامة - البحرين.

(٣) الفتاوى الشرعية، البنك الإسلامي الأردني، ج١ ص ٢٩، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

(٤)هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ٩٤المعيار الثامن، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، المنامة - البحرين.

جاء في المعايير الشرعية ٣/ ١ /١: " يحرم على المؤسسة أن تبيع سلعة مرابحة قبل تملكها لها، فلا يصح توقيع عقد المرابحة مع العميل قبل التعاقد مع البائع الأول لشراء السلعة موضوع المرابحة، وقبضها حقيقة أو حكما بالتمكين أو تسليم المستندات المخولة بالقبض، كما يعتبر بيع المرابحة غير صحيح إذا كان عقد الشراء الأول باطلا، لا يفيد ملكا تاما للمؤسسة " (١).

يقول الدكتور السرطاوي: " يجب أن تملك المؤسسة السلعة قبل أن تبيعها مرابحة، وعليه فلا يصح شرعا توقيع عقد المرابحة مع العميل، قبل التعاقد مع البائع الأول لشراء السلعة موضوع المرابحة وقبضها حقيقة أو حكما، ويتم تعاقد المؤسسة مع البائع عن طريق لقاء مباشر أو غير مباشر بعد مناقشة تفصيلية أو عن طريق إشعارين متبادلين بالكتابة أو المراسلة أو بأي شكل من أشكال الاتصالات الحديثة ".

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على استقرار الحق في بيع المرابحة للآمر بالشراء.

إن الآثار المترتبة على استقرار الحق في بيع المرابحة للآمر بالشراء، هي الآثار نفسها المترتبة على استقرار الحق في عقد البيع، فتبعة الهلاك تكون على المصرف قبل استقرار الحق في المبيع، فلا يتحمل الآمر بالشراء تبعة الهلاك قبل استقرار حقه فيه بالقبض والتوثيق في الدوائر الرسمية.

ولا يجوز للمصرف بيع المبيع للآمر بالشراء قبل استقراره بالقبض، وأن الخيار يمنع من استقرار الحق، فإذا كان هناك خيار للآمر بالشراء لا يلزمه المصرف بالشراء، وإذا نكل عن البيع يتحمل الأجور والمصاريف فقط، وسأنقل ما ورد عند المعاصرين في هذا الآثار المترتبة، ولن نعيد ما ذكر سابقا من آراء الفقهاء القدامى تجنبا للتكرار.

جاء في المعايير الشرعية ٣/٢/٣: " الغرض من اشتراط قبض السلعة هو تحمل المؤسسة تبعة هلاكها، وذلك يعني أن تخرج السلعة من ذمة البائع وتدخل في ذمة المؤسسة، ويجب أن تتضح نقطة الفصل التي ينتقل فيها ضمان السلعة من المؤسسة إلى العميل المشتري، وذلك من خلال مراحل انتقال السلعة من طرف لآخر ".

جاء في المعايير الشرعية ٥/٢/٣: "وتنتقل مؤسسة ضمان المبيع إلى المؤسسة بتحقق حيازتها للسلعة ".

---

(١)السرطاوي، محمود علي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، ص ٤٦، ط١ ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، الناشر: دار الفكر – عمان.

جاء في المعايير الشرعية١/٤: " لا يجوز للمؤسسة اعتبار عقد المرابحة للآمر بالشراء مبرما تلقائيا، بمجرد تملكها السلعة، كما لا يجوز إلزام العميل الآمر بالشراء بتسلم السلعة وسداد ثمن بيع المرابحة في حالة امتناعه عن إبرام عقد المرابحة " (١).

جاء في الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي: " وحيث وجد هذا وجد القبض الشرعي حتى لو لم يخرج موظف البنك لتسلم البضاعة تسلما فعليا، وذلك لتحقق الغرض الذي من أجله وجب القبض، وهو التأكد من تحمل البنك تبعة هلاك السلعة قبل بيعها إلى المتعامل، على أن يقوم البائع بفرزها وتمييزها عما اختلط منها ببضاعته، وتبقى سلعة البنك في أمانة البائع وتحت رعايته إلى أن يتم توقيع عقذ المرابحة وتسليم البائع السلعة للمتعامل وكالة عن البنك " (٢)

صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الخامسة المنعقدة في الكويت في أول الشهر الخامس لعام ١٤٠٩هـ وذلك برقم ٣ - ٤ هذا نصه:" إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١- ٦ من جمادى الأولى لعام ١٤٠٩ هـ كانون الأول ديسمبر ١٩٨٨م بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوعي الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء واستماعه للمناقشات التي دارت حولهما قرر: أولا: إن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور وحصول القبض المطلوب شرعا هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسئولية التلف قبل التسليم وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه "(٣).

جاء في فتوى السالوس: "المصرف الإسلامي يبيع بعد أن يشتري السلعة ويتملكها ويمولها، ويقع عليه تبعات الإهلاك قبل التسليم، وتبعة الرد فيما يستوجب الرد بعد التسليم " (٤).

ونجد في شروط بيع المرابحة في بعض المصارف الإسلامية، أن الآمر بالشراء إذا تأخر عن أداء قسط، فإن جميع الأقساط تصبح حالة، ونجد في المصارف الإسلامية أنهم يحطون من الثمن إذا عجل الآمر بالشراء بالسداد، وشرط ذلك أن لا ينص عليه في العقد.

---

(١) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ٩٥ – ٩٦ المعيار الثامن، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، المنامة - البحرين.
(٢) الفتاوى الشرعية، البنك الإسلامي الأردني، ج٣ ص ٣١، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧ م.
(٣) مجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، ج٣٦ ص ١٥٨.
(٤) مجلة البيان، المنتدى الإسلامي، ١٢٧ – ٤٦.

وعند البحث وجدت هذا الشرط نص فقهاء الحنفية على جوازه، قال الإمام الزيلعي: "ولو قال كلما دخل نجم ولم تؤد فالمال حال صح والمال يصير حالا " [(١)].

قال الإمام ابن نجيم الحنفي: " لو قال: أبطلت الأجل أو تركته صار حالا، ولو قال: برئت منه أو لا حاجة لي منه أو لا حاجة لي فيه لم يكن إبطالا، ولو قضى الدين قبل الأجل فاستحق المقبوض أو وجده زيوفا فرد كان عليه إلى أجله، ولو اشترى شيئاً من مديونه بالدين وقبضه ثم تقايلا البيع لا يعود الأجل " [(٢)]

بما أن الآمر بالشراء استقر حقه في المبيع بقبضه، فلا يجوز للمصرف بحال من الأحوال أن يشترط عليه، عدم نقل ملكية المبيع إليه بأي حال من الأحوال، فالمبيع استقر حق الآمر فيه.

والمصرف له الحق في حفظ حقه، كالرهن أو الكفالة أو غير ذلك، ونجد في بعض المصارف الإسلامية، إعفاء الآمر بالشراء من الدين المترتب في حالة الوفاة، بناء على دفعه لمبلغ من التأمين عند إجراء معاملة المرابحة.

وجاء في مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني في الكويت سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣: " يقرر المؤتمر أن المواعدة على بيع المرابحة للآمر بالشراء، بعد تملك السلعة المشتراة وحيازتها، ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور في الموعد السابق، هو أمر جائز شرعا، مادامت تقع على المصرف الإسلامي مسؤولية الهلاك قبل التسليم، وتبعة الرد فيما يستوجب الرد بعيب خفي، وجميع الضمانات كالتأمين، ومنع البيع قبل القبض هو رأي الجمهور، وأجاز المالكية بيع غير الطعام قبل قبضه.

وأما بالنسبة للوعد وكونه ملزما للآمر أو المصرف أو كليهما، فإن الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل، وأن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعا.

إذا كان البيع صحيحاً، لازما: خالياً من الخيار، واتفق المتعاقدان على رفعه وإنهائه، فيتم فسخه عن طريق الإقالة، والإقالة وإن كانت متفرعة عن البيع لأنها أكثر ما تقع فيه، إلا أنها تجري في جميع العقود اللازمة ما عدا الزواج فهي بتعبير أعم: عقد يرفع به عقد سابق " [(٣)].

---

(١) الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي،: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، ج٤ ص١٣٢، ط١ ١٣١٣هـ، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة.

(٢) ابن نجيم الحنفي، سراج الدين عمر بن إبراهيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ج٣ ص ٤٦٧، تحقيق: أحمد عزو عناية، الناشر: دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢ م.

(٣) الزحيلي، وهبة مصطفى،الفقه الإسلامي وأدلته، ج٥ص ٣٧٧٩، ط٤، الناشر: دار الفكر – سوريا - دمشق.

المبحث الثاني

استقرار الحق وأثره في الإجارةالمنتهية بالتمليك

المطلب الأول: تعريفها ومقوماتها وحكمها

الفرع الأول: تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك

إن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك لم يكن معروفا عند الفقهاء القدامى، وإنما عرف في العصر الحديث؛ من أجل ذلك لا تجد له تعريفا في كتبهم، مع أنهم أشبعوا مباحث الإجارة وأحكامها وما يتعلق بها، ولن يخرج حكم العقد عن مسائل الإجارة التي ذكرت في كتب القدامى.

وما من مسألة مستجدة إلا وللشرع فيها حكم، حتى لو كانت المعاملة مما ورد إلينا من غير المسلمين فنهذبها ونضع لها الضوابط الشرعية إذا كانت تقبل ذلك، وإلا رددناها فالشريعة صالحة لكل زمان ومكان، ولا بد لكل مسألة من حكم سواء كان الجواز أو التحريم.

ووجدنا من الفقهاء المعاصرين من عرف الإجارة المنتهية بالتمليك، ومن أبرز هده التعريفات:

التعريف الأول: تعريف الدكتور السرطاوي: "عقد يراد به تمليك منفعة عين مشروعة معلومة لمدة معلومة، بعوض معلوم يقترن به وعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها بإحدى الطرق التالية: الوعد بالبيع أو الوعد بالهبة أو بهبة العين هبة معلقة على شرط سداد جميع الأقساط " (١).

التعريف الثاني: تعريف خالد الحافي: " عقد بين طرفين يؤجر فيه أحدهما لآخر سلعة مقابل أجرة معينة، يدفعها المستأجر على أقساط خلال مدة محددة، تنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد " (٢).

التعريف الثالث: جاء في المعايير الشرعية في تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك في التعريفات بأنها: " إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها " (٣).

---

(١)السرطاوي، محمود علي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، ص ١٣٥، ط١ ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، الناشر: دار الفكر – عمان.

(٢) الحافي، خالد عبد الله، الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي، ص٦٠، ط٢ ١٤٢١هـ.

(٣) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ١٢٧المعيار التاسع، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، المنامة - البحرين.

ونجد عقد الإجارة المنتهية بالتمليك في حقيقته، عبارة عن عقدين، العقد الأول: عقد إجارة بين المصرف والمستأجر، العقد الثاني: عقد بيع بين المصرف والمستأجر عند نهاية مدة الإجارة وسداد آخر قسط، أو سداد ثمنها في فترة الإجارة إذا اراد المستاجر ذلك ودفع الثمن للبنك.

ونجد أن تعريف الدكتور السرطاوي، من أفضل التعريفات إذ إنه ذكر حقيقة هذا العقد والصور الجائزة التي يمكن تكييف العقد بها.

الفرع الثاني: ضوابط الإجارة المنتهية بالتمليك.

إن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك عند من قال بجوازه من الفقهاء المعاصرين، له ضوابط وشروط لا بد ما الإتيان بها ليصح العقد، جاء في التوصيات الفقهية للبنك الإسلامي الأردني، كلما وقع التعاقد بين مالك وبين مستأجر على أن ينتفع المستأجر بمحل العقد بأجرة محددة بأقساط موزعة على مدد معلومة، على أن ينتهي هذا العقد بملك المستأجر للمحل فإن هذا العقد يصح إذا روعي فيه ما يأتي:

أولا: ضبط مدة الإجارة وتطبيق أحكامها طيلة تلك المدة.

ثانيا: تحديد مبلغ كل قسط من أقساط الأجرة.

ثالثا: نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها إليه، تنفيذا لوعد سابق بذلك بين المالك والمستأجر (١).

جاء في المؤتمر الإسلامي في جدة في ضوابط الإجارة المنتهية بالتمليك:

أولا: إن الوعد بإيجار المعدات إلى العميل بعد تملك البنك لها، أمر مقبول شرعا.

ثانيا: إن توكيل العميل بشراء ما يحتاجه مما هو محدد الأوصاف والثمن لحساب البنك بغية تأجيره بعد حيازة الوكيل، أمر مقبول شرعاً، والأفضل أن يكون الوكيل غير العميل.

ثالثا: إن عقد الإيجار يجب أن يتم بعد التملك، وأن يبرم بعقد منفصل.

رابعا: إن الوعد بهبة المعدات عند انتهاء أمد الإجارة جائز بعقد منفصل.

خامسا: إن البنك ضامن للعين المؤجرة ولا يتحمل المستأجر إلا ما كان ناشئاً عن تعد أو تقصير (٢).

وذكر القره داغي بعض الضوابط المتعلقة بالإجارة المنتهية بالتمليك:

قد يتفق البنك في الاتفاق المبدئي (الوعد، أو المواعدة) على أن العميل يشتري مباشرة من البنك (الممول المؤجر) ٥٠ % من الشيء المستأجر، أو أية نسبة منه بمبلغ نقدي أو مؤجل عن

---

(١) الفتاوى الشرعية، البنك الإسلامي الأردني، ج٢ ص ٦١، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة،١٢/ ٢١٢.

طريق المرابحة، ثم يؤجر البنك ما يملكه للمستأجر على أن ينتهي بالتمليك حسب الصور التي ذكرناها.

وقد يتم التوافق على أن يكون تمليك النصف، مثلاً بعد سنة، ثم بعد سنتين يتم تمليك نصف الباقي (أي ربع الكل)، ثم في السنة الثالثة تمليك الكل، ويبقى البنك مالكاً مؤجراً لحصته، وكلما قلت نسبته من العين المؤجرة قلت أجرته لحصته، وتوزع حسب النسب منها.

كل هذه الصور لا مانع منها شرعا إذا توافرت الشروط المطلوبة من أهمها:

أولا: أن تتم عملية التمليك الجزئي بعقد مستقل في وقته ولا يتضمن عقد الإيجار نفسه ذلك، ولكن لا مانع أن يصاغ ذلك عن طريق الوعد، أو المواعدة، منفصلا عن عقد الإجارة.

ثانيا: إبرام عقد جديد مع المستأجر السابق عند شراء المستأجر نسبة من الشيء المستأجر تحدد فيه الأجرة الجديدة على ضوء تغير نسبة الملكية.

والبنوك الإسلامية تلاحظ في الإجارة المنتهية بالتمليك نوعية السلع من حيث إنها هل هي من السلع التي تتحسن قيمتها بل تزداد مع مرور الزمن كما في العقارات، أو السلع التي تقل قيمتها مع مرور الزمن كما في السيارات والطائرات ونحوها ؟ ففي النوع الأخير تحتاط لعدم استرجاعها إليها أكثر من النوع الأول الذي حتى لو استرجع لا تتضرر بل قد تربح [(١)].

وجاء في ضوابط الإجارة المنتهية بالتمليك:

ضابط الجواز:

أولا: وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر، زمانا لحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

ثانيا: أن تكون الإجارة فعلية، وليست ساترة للبيع.

ثالثا: أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك، لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين، من غير ناشيء من تعد المستأجر، أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.

رابعا: إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة، فيجب أن يكون التأمين تعاونيا إسلاميا، لا تجاريا، ويتحمله المالك المؤجر، وليس المستأجر.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة،١٢ / ٣٣٣.

خامسا: يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين (١).

الفرع الثالث:حكم الإجارة المنتهية بالتمليك.

اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: تحريم الإجارة المنتهية بالتمليك وعدم جوازها وذهب إلى هذا الرأي هيئة كبار العلماء في السعودية والشنقيطي وأحمد الحجي الكردي وغيرهم (٢)

واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: إنه جامع بين عقدين على عين واحدة غير مستقر على أحدهما، وهما مختلفان في الحكم متنافيان فيه. فالبيع يوجب انتقال العين بمنافعها إلى المشتري، وحينئذ لا يصح عقد الإجارة على البيع لأنه ملك للمشتري، والإجارة توجب انتقال منافع العين فقط إلى المستأجر. والمبيع مضمون على المشتري بعينه ومنافعه، فتلفه عليه عينا ومنفعة فلا يرجع بشيء منهما على البائع، والعين المستأجرة من ضمان مؤجرها، فتلفها عليه عينا ومنفعة، إلا أن يحصل من المستأجر تعد أو تفريط.

الدليل الثاني: إن الأجرة تقدر سنويا أو شهريا بمقدار مقسط يستوفى به قيمة المعقود عليه؛ يعده البائع أجرة من أجل أن يتوثق بحقه حيث لا يمكن للمشتري بيعه. مثال ذلك: إذا كانت قيمة العين التي وقع عليها العقد خمسين ألف ريال وأجرتها شهريا ألف ريال حسب المعتاد؛ جعلت الأجرة ألفين، وهي في الحقيقة قسط من الثمن حتى تبلغ القيمة المقدرة، فإن أعسر بالقسط الأخير مثلاً سحبت منه العين باعتبار أنها مؤجرة، ولا يرد عليه ما أخذ منه؛ بناء على أنه استوفى المنفعة. ولا يخفى ما في هذا من الظلم والإلجاء إلى الاستدانة لإيفاء القسط الأخير.

الدليل الثالث:إن هذا العقد وأمثاله أدى إلى تساهل الفقراء في الديون حتى أصبحت ذمم كثير منهم مشغولة منهكة، وربما يؤدي إلى إفلاس بعض الدائنين لضياع حقوقهم في ذمم الفقراء. ويرى المجلس أن يسلك المتعاقدان طريقا صحيحا وهو أن يبيع الشيء ويرهنه على ثمنه ويحتاط لنفسه بالاحتفاظ بوثيقة العقد واستمارة السيارة ونحو ذلك.

---

(١)البسام، عبد الله بن عبد الرحمن، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ج٥ ص ٦٦، ط٥ ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، الناشر: مكتبة الأسدي – مكة المكرمة. مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة،١٢ /٤٦٠.

(٢)الحافي، خالد عبد الله، الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي، ص٢٧٣ - ٢٧٤، ط٢ ١٤٢١هـ.

الدليل الرابع: الثمن في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك يعد أجرة [١].

الرأي الثاني: ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز الإجارة المنتهية بالتمليك ومنهم مجمع الفقه الإسلامي والشيخ السرطاوي وعلي القره داغي وعبدالله البسام وغيرهم [٢].

واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول:إن الأصل في العقود الإباحة لا الحظر.

الدليل الثاني: إن الأصل في العقود الشروط التقييدية المقترنة بالعقود الجواز إلا إذا عارضت نصا أو ناقضت مقتضى العقد.

الدليل الثالث: جواز اجتماع عقدين في عقد واحد ما لم ينص على تحريم ذلك أو يتخذ ذلك وسيله لمقارنة ما هو محرم أو أن تكون العقود المجتمعة متناقضة وضعا متنافرة حكما [٣]

الدليل الرابع: اقتران الوعد بالبيع بعقد الإجارة بعد سداد كامل الأجرة، صورة جائزة، إذ لو حللناها إلى عناصرها الإفرادية لوجدنا كل عقد منها جائز بمفرده، واستوفى جميع شرائط إبرامه[٤].

الدليل الخامس: لا تخرج عن كونها عقد إجارة ترتبت عليه أحكام الإجارة واقترن بها وعد بالتمليك في نهاية مدتها [٥].

وقد ردت الدكتورة هيام الزيدانيين بكلام في منتهى القوة، أراه يغني عن عشرات البحوث العلمية بقولها: "الرد على الدليل الأول: إن اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة لا يحظر إلا إذا كان الجمع بين العقدين محلا لنهي شرعي، أو كان يتخذ وسيلة للربا أو لما هو محظورشرعا، أو لكون العقود المجتمعة متضادة وضعا متناقضة حكما وذلك إذا تنافرت وتعارضت موجباتها وآثارها، ولذلك فان البيع والإجارة يعتبران عقدين متنافرين إذا تواردا على عين واحدة في زمن واحد وثمن واحد؛ وذلك للاختلاف في مقتضاهما وهذا لا يحدث في جميع صور الإجارةالمنتهية بالتمليك، فهناك بعض الصور يجتمع فيها أكثر من عقد على محل واحد في ذات الوقت، بل منها

---

(١)الزيدانيين، هيام محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، ص١٠، بحث منشور في مجلة دراسات، مجلد ٣٩ – عدد ١- ٢٠١٢م. **http://www.ahlalhdeeth.com**.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة،١٢ / ٢١٢. مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة،**١٢ / ٣٣٣**.

(٣)الزيدانيين، هيام محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، ص١٤، بحث منشور في مجلة دراسات، مجلد ٣٩ – عدد ١- ٢٠١٢م.

(٤)السرطاوي، محمود علي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، ص ١٥١، ط١ ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، الناشر: دار الفكر – عمان.

(٥)هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ١٢٢المعيار التاسع، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، المنامة - البحرين.

ما يتضمن عقدين متتاليين لا متوازيين، عقد إجارة أولا ثم بعد انتهاء مدة الإجارة يجري عقد بيع أو هبة مستقلان عن عقد الإجارة، وفي هذه الحالة لا يوجد هناك أي تنافر أو تناقض.

الرد على الدليل الثاني: ففي مقابل ذلك فإن هذا العقد يتيح لهم إمكانية تملك الأعيان التى لم يكن بالإمكان دفع أثمانها بالبيع لأنهم فقراء، ولا حتى عن طريق البيع بالتقسيط، لأن الأقساط في البيع المقسط تكون ذات مدة اقل بكثير من أقساط الإجارة المنتهية بالتمليك.

الرد على الدليل الثالث: هنا يتقرر بداية أن الأقساط في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك يكون مراعيًا فيها أنها بدل عن منفعة العين وعن أجزاء من قيمة ذات العين في نفس الوقت باستثناء صورة البيع التدريجي للسلعة، وذلك حتى يستوفي المؤجر قيمة تلك العين فتنتقل ملكيتها إلى المستأجر، فان وصل العقد إلى هذه النتيجة فلا أشكال في جمع الأقساط بين بدل منفعة العين وذاتها أما إذا اختار المستأجر بكامل حريته عدم إتمام العقد والنكول عنه، فان تلك الأقساط تكون من حق المؤجربموجب الشرط ولا يعد عدول المستأجر عن إتمام عقد الإجارة المنتهية بالتمليك مناقضة للعقد في حالة جعل الأقساط المدفوعة بد لا عن انتفاع المستأجر بالعين، وهذا احتمال بعيد لأنه في غير صالح المستأجر، فلا يلجأ إليه إلا عند الاضطرار "[١].

وبعد عرض الأدلة بإيجاز يتبين قوة الرأي المجيزين، وفق الضوابط الشرعية التي تم ذكرها سابقا، ولا بد من الفصل بين العقدين وتحقق الاستقرار في كل منهما.

(١) الزيدانيين، هيام محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، ص١١- ١٢، بحث منشور في مجلة دراسات، مجلد ٣٩ – عدد ١- ٢٠١٢م.

المطلب الثاني: اسقرار الحق في الإجارة المنتهية بالتمليك

الفرع الأول: وجوب الحق في الإجارة المنتهية بالتمليك.

إن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، عبارة عن عقدين منفصلين عن بعضهما، عقد الإجارة ويجب الحق في المؤجر بمجرد العقد كما مر سابقا في الإجارة، وبينا نصوص الفقهاء في ذلك.

ويجب الحق في الأجرة بقدر استيفاء المنفعة.

أما العقد الثاني فهو عقد البيع، فيجب الحق في المبيع بمجرد العقد، ويجب الحق في الثمن بمجرد العقد أيضا.

الفرع الثاني: استقرار الحق في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

يستقر الحق في المؤجر بتسلمه خاليا من الشواغل والخيارات، ويستقر الحق في الأجرة عند حلول الأجل.

ويستقر الحق في عقد البيع في المبيع، بتسلمه خاليا بتسلمه خاليا من الشواغل والخيارات والعيوب، ويستقر الحق في الثمن عند تسلم المبيع.

ويستقر الحق في المبيع في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، عند سداد آخر قسط بهبتها للمستأجر أو غير ذلك من الصور التي أجازتها المجامع الفقهية.

جاء في المعايير الشرعية: " يجب في الإجارة المنتهية بالتمليك، تحديد طريقة تمليك العين للمستأجر بوثيقة مستقلة عن عقد الإجارة، ويكون بإحدى الطرق الآتية:

أ – وعد بالبيع بثمن رمزي، او بثمن حقيقي أو وعد بالبيع في أثناء مدة الإجارة بأجرة المدة الباقية، أو بسعر السوق.

ب – وعد بالهبة.

ج – عقد هبة معلق على شرط سداد جميع الأقساط.

وفي حالات إصدار وعد بالهبة أو وعد بالبيع أو عقد هبة معلق بمستندات مستقلة لا يجوز أن يذكر أنها جزء لا يتجزأ من عقد الإجارة المنتهية بالتمليك " [(١)].

---

(١) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ١١٧المعيار التاسع، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، المنامة - البحرين.

جاء في المعايير الشرعية ٥ / ٢ / ٢ " تجب الأجرة بالعقد، وتستحق باستيفاء المنفعة أو بالتمكين من استيفائها لا بمجرد توقيع العقد " [١].

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على استقرار الحق في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

إن الآثار المترتبة على استقرار الحق في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، الآثار نفسها المترتبة على عقد الإجارة وعقد البيع، فلا يجوز تأجير المؤجر قبل الاستقرار، ولا يجوز التصرف في الثمن قبل الاستقرار.

وهلاك المبيع في الإجارة يكون على المصرف، ولا يجوز بيع المبيع في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك قبل الاستقرار، وسأنقل ما جاء في كتب المعاصرين من الآثار المترتبة على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، مما يتعلق بموضوع استقرار الحق.

" إن المؤجر يتحمل جميع مسؤوليات العين المؤجرة، فإذا اشترط التأمين على المستأجر أو الصيانة على المستأجر فإن هذا يبطل هذا الفارق الكبير بين هذه التمويلات والذي يجعلها مشابهة للتمويلات الربوية، فينبغي أن يكون هناك صيانة، وتقسم الصيانة إلى قسمين: قسم تشغيلي (صيانة تشغيلية) ويمكن أن يحمله المستأجر، أما (الصيانة الجوهرية) فإنها يجب أن تكون على المؤجر ليتحمل مسؤولية الملكية وإلا لا يكون هناك أي مسؤولية على المؤجر وأنه يدفع المال فقط ويحصل على أجرة ومال بما يجعله مشابها للربا " [٢].

يقول الشيخ خالد الحافي: " إن اشتراط المؤجر على المستأجر صيانة العين المؤجرة، والقيام بتحمل نفقات الصيانة لا يجوز، لأن العين المؤجرة ملك للمؤجر ونفقتها أي صيانتها واجبة عليه، كما أن اشتراط صيانة العين المؤجرة على المستأجر يؤدي إلى جهالة الأجرة، بناء على أقوال الفقهاء التي توضح أن اشتراط صيانة العين المؤجرة على المستأجر شرط فاسد.

إذا اشترط المؤجر على المستأجر التأمين على العين المؤجرة، فإن هذا الشرط لا يجوز بل هو شرط فاسد، لأن بقاء العين سالمة مدة عقد الإجارة هي مسئولية المؤجر كما أن العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر، وإذا تلفت بغير تقصير وتعد من المستأجر، فإنه لا يضمنها " [٣].

---

(١) المرجع السابق، ١١٥.
(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة،١٢ /٤٢٦، ورقة محمد تقي العثماني.
(٣)الحافي، خالد عبد الله، الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي، ص٢٧٣ - ٢٧٤، ط٢ ١٤٢١هـ.

ولا بد من التنبيه على أن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، لا يجوز للمستأجر أن يبيع المؤجر؛ لأنه لا يملكه ولم يستقر حقه فيه، فلا بد من إنهاء جميع الأقساط وإنشاء عقد جديد وهو عقد البيع بتملك المستأجر المبيع من المصرف وقبضه لها، وتسجيلها باسمه رسميا؛ حتى يتمكن من التصرف فيها تصرفا تاما.

ولا بد من التنبيه أن بعض المصارف الإسلامية تشترط وجود مبلغ مالي على المستأجر في حال التأخر عن السداد، يعتبرونه من باب التبرع وهذا لا يجوز شرعا فهو من باب الربا المحرم الذي أجمعت على حرمته مذاهب الفقهاء.

المبحث الثالث

استقرار الحق وأثره في خطاب الضمان

المطلب الأول: تعريفه ومقوماته وخصائصه

الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان

تعددت تعريفات الفقهاء المعاصرون لخطاب الضمان ومن أبرز تلك التعريفات، تعريف البارودي حيث عرفه بقوله: " أن يكفل البنك عميله في مواجهة الغير بخطاب يرسله إليه أو بعقد مستقل، أو بأن يوقع كضامن احتياطي له في ورقة تجارية أو بأي طريقة أخرى تتناسب مع العملية التي يضمنها البنك ويتقاضى عمولة في مقابل هذا الضمان " (١).

وجاء في تعريفه: " صورة من صور إقراض التوقيع على أمل أن البنك يسلم المبلغ الذي ضمنه لعميله عندما تدعو الحاجة إليه على حسب ما يتفقان عليه من الشروط " (٢).

وجاء في تعريفات البنك الإسلامي بأن الكفالة المصرفية: " تعهد بالأداء بناء على طلب الآمر لصالح الجهة المستفيدة من الكفالة " (٣).

من خلال التعريفات السابقة، يتبين أن خطاب الضمان عملية ائتمانية يقدمها المصرف للعميل عندما يريد الدخول بالتزام ما، ضمانا لجدية الالتزام فيصدر خطاب ضمان للمستفيد بناء على طلب العميل، فهولا يعطي العميل مالا، وإنما يصدر الخطاب للمستفيد.

الفرع الثاني: مقومات خطاب الضمان.

إن خطاب الضمان له مقومات يرتكز عليها، ونذكرها باختصار وهي:

أولا: الضامن: وهوالمصرف الذي يتعهد في دفع المبلغ المحدد إذا أخل العميل بالتزاماته مع المستفيد.

ثانيا: المضمون: وهو العميل الذي يطلب إصدار خطاب الضمان لصالح جهة معينة.

---

(١) الباردوي، علي الباردوي، العقود وعمليات البنوك التجارية، ص ٣٩٣، الناشر: منشأة المعارف – الإسكندرية.

(٢) مجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، ٨ – ١٠٠.

(٣) الفتاوى الشرعية، البنك الإسلامي الأردني، ج١ ص ٢٢، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م

ثالثا: المستفيد: الجهة التي يصدر الخطاب لصالحها [١].

إن علاقة العميل بالمستفيد قد تكون بيعا او مقاولة أو أي عقد آخر، وعلاقة العميل بالمصرف هي تعهد بأداء التزام واجب عليه في زمن محدد لطرف ثالث هو المستفيد.

وعلاقة المصرف بالمستفيد هي أداء الحق المالي الواجب في ذمة العميل للمستفيد عند المطالبة به قبل انتهاء مدة الخطاب، وهذه العلاقات لا تتداخل ولا يؤثر بعضها في بعض، ويترتب على أطرافها التزامات.

وعليه فإن مقومات هذا العقد هي الصيغة وأطراف العقد (العميل والمصرف) ومحل العقد وهو التزام بأداء الدين (دفع مبلغ معين أو قابل للتعيين)الواجب في ذمة العميل [٢].

الفرع الثالث: خصائص خطاب الضمان وأنواعه.

أولا: إن خطاب الضمان له خصائص وهي:

أولا: خطاب الضمان بمثابة صك، أعني أن له قيمة مادية لدى المصرف المصدر له،بالقدر الذي ضمنه الخطاب، فلا يحتاج حامله إلى إثبات الحق المالي.

ثانيا: خطاب الضمان يعتبر ساري المفعول منذ توقيعه إلى أجله المحدد، ولا يجوز للمصرف أن يتراجع عنه لتعلق حق الغير به.

ثالثا: المصرف مطالب أمام المستفيد إذا أخل العميل بالتزاماته تجاه المستفيد، والتزام المصرف في مراجعة المستفيد له مستقل عن أي جهة أخرى حتى العميل [٣].

فمن خصائص خطاب الضمان: استقلال التزام المصرف في خطاب الضمان تجاه المستفيد عن التزام العميل تجاه المستفيد، والتعهد في خطاب الضمان مستحق الدفع فورا عند طلب المستفيد وحسب التاريخ المحدد، ومضمون الالتزام الوارد في الخطاب من المصرف للمستفيد لا يتوقف على عنصر خارج عن الخطاب، وإنما هو ناشئ عن الخطاب نفسه وهذا يحقق الطمأنينة للمستفيد ويجعل الخطاب يحل محل التأمين النقدي تماما ولا يستطيع المصرف رفض دفع الالتزام الوارد في الخطاب للمستفيد بناء على طعن العميل أو علاقة العميل بالمصرف [٤].

---

(١) شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٢٤٩، ط٢ ١٤١٨هـ، الناشر: دار النفائس – الأردن.

(٢)السرطاوي، محمود علي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، ص ١٥٩، ط١ ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، الناشر: دار الفكر – عمان.

(٣) إرشيد، محمود عبد الكريم، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، ط١ ١٤٢١هـ، الناشر: دار النفائس – الأردن.

(٤)السرطاوي، محمود علي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، ص ١٦٠، ط١ ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، الناشر: دار الفكر – عمان.

ثانيا: أنواع خطاب الضمان.

إن خطابات الضمان المصرفية تتنوع تبعا لاختلاف الغرض الذي تنشئ من أجله وهي:

أولا: خطاب الضمان الابتدائي: تطلبه الجهة الطارحة للمزايدة أو المناقصة لضمان عدم تراجع مقدم الغطاء، ويقدم فيه مقدم الغطاء تأمين نقدي بنسبة معينة من قيمة العطاء لضمان جديته، وسمي ابتدائيا لانتهاء الغرض منه بعد رسو المزاد [١].

ثانيا: خطاب الضمان النهائي: تعهد للجهة الحكومية أو غيرها لضمان دفع مبلغ من النقود يعادل نسبة أكبر من قيمة العملية التي استقرت على عهدة العميل، ويصبح الدفع واجبا عند تخلف العميل عن الوفاء بالالتزامات المنصوص عليها في العقد النهائي للعملية بين العميل والجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها [٢].

ثالثا: خطاب الضمان مقابل غطاء لنفقات المشروع أو المناقصة: وهي خطابات يصدرها المصرف لضمان مبالغ تصرف مقدما من بعض الجهات للمقاولين او الموردين أو لضمان مبالغ تصرف تحت الحساب عن أعمال متعددة لم يتم حصرها [٣]

رابعا: خطاب الضمان الملاحي: يقدم المستورد (العميل) إلى وكيل شركة الملاحة بالميناء خطاب ضمان مصرفي بقيمة الشحنة الواردة في حال تأخر وصول مستندات الشحن [٤]. وهذه الخطابات كلها ترجع في الحكم إلى خطاب الضمان، ولا بد أن تكون في أمر مشروع فالمحرمات لا يجوز إصدار خطاب الضمان لها؛ لأن ما أدى إلى الحرام فهو حرام ولا بد للعميل من تقديم ضمانات مناسبة كالرهن أو الكفالة، وأن يقدم العميل تأمينا نقديا وهو ما يسمى بغطاء خطاب الضمان، وقد يكون هذا الغطاء كليا يغطي قيمة خطاب الضمان وحينئذ لا يجوز للعميل التصرف في هذا المبلغ النقدي، حتى ينتهي التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان، وقد يكون الغطاء جزئيا يغطي العميل جزءا منه، وأن يدفع العميل للمصرف عمولة لقاء إصدار خطاب الضمان [٥].

(١) السرطاوي، محمود علي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، ص١٦١، ط١ ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، الناشر: دار الفكر – عمان.
(٢) المترك، عمر عبد العزيز، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، ٣٨٦، ط٢ ١٤١٧هـ، الناشر: دار العاصمة – الرياض.
(٣) السالوس، علي أحمد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة دراسة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، ط١ ١٤٠٦هـ، الناشر: مكتبة الفلاح – الكويت.
(٤) السرطاوي، ص١٦٢، مرجع سابق. الحسني، خطابات الضمان المصرفية، ص ١٠، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة ١٤٠٦هـ.
(٥) إسماعيل، محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ص ٥٦٤- ٥٦٧.

الفرع الرابع: التكييف الفقهي لخطاب الضمان.

اختلفت آراء المعاصرين في تكييف خطاب الضمان وكانت أبرز هذه التكييفات:

التكييف الأول: إن خطاب الضمان كفالة وقالوا: إن خطاب الضمان والكفالة متفقان من حيث المعنى، فالمصرف كالكفيل من حيث الوفاء بالتزام المكفول، والعميل كالمكفول عنه والمستفيد كالمكفول له، والحق الموثق بخطاب الضمان هو المكفول به، وكلتا العمليتين ملزمة، خطاب الضمان ملزم للمصرف الضامن، والكفالة ملزمة للكفيل، وكما يرجع الكفيل على المكفول عنه فيما دفع، فإن المصرف يرجع على عميله بمقدار ما دفع عنه [١].

التكييف الثاني: خطاب الضمان وكالة لما يرجع الكفيل بما يدفع على من أمره بذلك كما يرجع الوكيل، فالكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء [٢].

التكييف الثالث: خطاب الضمان كفالة من جهة، ووكالة من جهة أخرى.

إذا كان لطالب الخطاب رصيد فهي وكالة، وإن لم يكن له فهي كفالة، وإن كان مغطى جزئيا، فهو وكالة في المغطى كفالة في غير المغطى [٣].

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة: " إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والنهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره، فيما يلزم حالا أو مآلا وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم الضمان أو الكفالة، وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

التكييف الرابع: خطاب الضمان عقد من العقود الجديدة، التي تجمع مجموعة من العقود كالضمان والرهن والوكالة، وإن اشترك معها في بعض الأحكام، فله خصائص ينفرد بها عن هذه العقود [٤].

والذي يبدو بعد عرض الآراء أن أقربها إلى الصواب الرأي القائل: "إذا كان لطالب الخطاب رصيد فهي وكالة، وإن لم يكن له فهي كفالة، وإن كان مغطى جزئيا، فهو وكالة في المغطى كفالة في غير المغطى "فالبنك كفيل في الرصيد غير المغطى وهذه الكفالة، ووكيل في الرصيد المغطى وهذه الوكالة.

---

(١) شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٢٥٥، ط٢ ١٤١٨هـ، الناشر: دار النفائس – **الأردن (منهم الصديق الضرير وبكر أبو زيد).**

(٢)حمود، سامي حسن، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص٣٣١، ط١ ١٣٩٦هـ، الناشر: دار الاتحاد العربي للطباعة **(وتبناه سامي حمود).**

(٣)السالوس، علي أحمد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة دراسة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، ص١٣٤ط١ ١٤٠٦هـ، الناشر: مكتبة الفلاح – الكويت **(وتبنى المؤلف هذا الرأي).**

(٤)الصوا، علي محمد، خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون ٢٣ / ١، ١٩٩٦م.

المطلب الثاني:استقرار الحق في خطاب الضمان

الفرع الأول: وجوب الحق في خطاب الضمان.

يجب الحق في خطاب الضمان بمجرد صدور خطاب الضمان، فتنشغل ذمة المصرف بالحق تجاه المستفيد بمجرد صدور خطاب الضمان، ويكون هذا في الجزء غير المغطى أما المغطى فيكون دور المصرف الوكالة كما مر معنا، والمصرف إذا أصدر خطاب الضمان لا يجوز له التراجع عن الدفع بحال.

الفرع الثاني: استقرار الحق في خطاب الضمان.

يستقر الحق في خطاب الضمان عند حلول الأجل المكتوب في الخطاب، فبمجرد حلول الأجل يرجع المستفيد على المصرف مباشرة، دون الرجوع إلى العميل أصلا والمصرف قد رضي بذلك بإصداره لخطاب الضمان.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على استقرار الحق في خطاب الضمان.

إن خطاب الضمان إذا لم يكن مغطى، كان البنك كفيلا عنه وللمستفيد الرجوع على المصرف مباشرة، فعلاقة العميل بالمستفيد علاقة قرض وهي ليست محل بحثنا، وإنما محل بحثنا عن علاقة المستفيد بالمصرف؛ لأن المصرف كفيل ومحل بحثنا استقرار الحق على المصرف بصفته كفيلا، وقد مر معنا آثار عقد الكفالة كعقد من عقود التوثيقات.

ونذكر ما ذكره الفقهاء المعاصرون والمجامع الفقهية من آثار لاستقرار الحق على المصرف:

"إنه تعهد مجرد عن ظروف التزام العميل أمام المستفيد، فهو يلتزم بدفع المبلغ المحدد في الخطاب أيا كان مقدار مديونية العميل، ولو كان هذا المقدار أكبر أو أقل مما تعهد به البنك للمستفيد، وهو تعهد منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل المدين التزامه فلا يعتبر ما تعهد البنك بدفعه تعويضا للدائن المستفيد من عدم تنفيذ العميل التزامه أو إساءة هذا التنفيذ " [(١)].

"عقد يتعهد فيه مصرف لشخص أو جماعة بدفع مبلغ معين، أو قابل للتعيين عن مقاول مثلا بمجرد طلب لمستفيد من المصرف خلال مدة محددة، وذلك من أجل قيام العميل بعمل، أو التزامه

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، ٨ – ١٠٩.

بأمر لذلك الشخص أو الجماعة، على أن يدفع عمالة للمتعهد بالمبلغ، ويضع تحت يده في الغالب ضمانا نقديا أو رهنا؛ ليكون ذلك غطاء للمبلغ المتعهد بدفعه "[١].

يقول بكر أبو زيد: "تعهد قطعي مقيد بزمن محدد غيرقابل للرجوع، يصدر من البنك بناء على طلب طرف آخر (عميل له) بدفع مبلغ معين لأمر جهة أخرى مستفيدة من هذا العميل، لقاء قيام العميل بالدخول في مناقصة أو تنفيذ مشروع، بأداء حسن ليكون استيفاء المستفيد من هذا التعهد (خطاب الضمان) متى تأخر أو قصر العميل في تنفيذ ما التزم به للمستفيد، في مناقصة أو تنفيذ مشروع ونحوهما"[٢]. يقول الزحيلي: "يتعهد فيه المصرف بدفع المبالغ التي يستحقها المورد ثمنا لسلع يصدرها للمستورد طالب فتح الاعتماد، متى قدم المورد المستندات المتعلقة بالسلع، والشحن على أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد..

وحكم الاعتماد المستندي المغطى غطاء كليا يكون المصرف فيه وكيلا عن فاتح الاعتماد، وإن كان كفيلا بالنسبة للمصدر الذي يعتبر مكفولا له، وللمصرف أن يأخذ عمولة أو أجرا عن وكالته لا عن كفالته.

أما في الاعتماد غير المغطى كليا أو جزئيا، فالمصرف كفيل، وفاتح الاعتماد غير المغطى مكفول عنه، فإذا أخذ المصرف عمولة مقابل المبلغ المكفول به، لا مقابل العمل الذي يقوم به، فقد أخذ أجرا مقابل الكفالة ذاتها، وهو لا يجوز وينطبق حكم الكفالة على خطابات الضمان التي تصدرها البنوك إذا كان الخطاب غير مغطى من العميل، والحكم الشرعي أنه لا يجوز للبنك أخذ الأجر على هذا العمل؛ لأنه أجر على الكفالة. أما إذا كان الخطاب مغطى بالغطاء النقدي من العميل ولو غطاء جزئيا لا كليا، فيجوز للبنك أخذ مقابل إصدار الخطاب وما يقترن به من العمل على أساس الوكالة، ومن المعلوم أنه يجوز أخذ الأجر على الوكالة، ولا يجوز أخذ الأجر على الكفالة "[٣].

فنجد أن المصرف يترتب عليه دفع الحق المالي، عند حلول الأجل المنصوص عليه أو مجرد الطلب إذا نص عليه، ويرجع المستفيد على المصرف مباشرة فقد رضي بتلك الكفالة وأن يرجع عليه مباشرة، دون الرجوع على الأصيل.

---

(١)مجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشا د، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، ٨ –١٣٩ – ١٤٠.
(٢)أبو زيد، بكر بن عبد الله، فقه النوازل، ج١ ص٢٠١، ط١ ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، الناشر: مؤسسة الرسالة
(٣)الزحيلي، وهبة مصطفى،الفقه الإسلامي وأدلته،٦٤ص٤١٧٩، ط٤،الناشر: دار الفكر – سوريا - دمشق.

المبحث الرابع

استقرار الحق وأثره في الرهن الرسمي

المطلب الأول: تعريفه وأركانه

الفرع الأول:تعريف الرهن الرسمي.

إن الرهن الرسمي الذي ذكر في القانون المدني الأردني هو الرهن التأميني نفسه، وقد قدمه القانون المدني الأردني على الرهن الحيازي، نظرا لأهميته في الحياة العملية المعاصرة، بل قدمه على سائر الحقوق العينية، وقد أقره الفقه الإسلامي فهو نوع من أنواع التوثيق الهدف منه حفظ الحقوق وتوثيق الدين بل هو الذي يناسب العصر الذي نعيش فيه، فقد ذكر في القانون المدني الأردني نوعان من الرهن:

أولا: الرهن التأميني فقد جاء في تعريفه في المادة ١٣٢٢: " عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون ".

وجاء في المادة ١٣٢٣:" لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله ويلتزم الراهن نفقات العقدإلا إذا اتفق على غير ذلك ".

ثانيا: الرهن الحيازي فقد جاء في تعريفه في المادة ١٣٧٢: "هو احتباس مال في يد الدائن او يد عدل ضمانا لحق يمكن استيفاؤه منه كله او بعضه بالتقدم على سائر الدائنين " (١).

وإذا تأملنا في الرهن الحيازي، نجد أنه الرهن الذي تكلم عنه الفقهاء في كتبهم، ولا يكاد يخلو كتاب من كتب الفقه من ذكره، جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة ٧٠١: " الرهن حبس مال محبوس وتوقيفه مقابل حق يمكن استيفاؤه منه ويسمى ذلك المال: مرهونا و: رهنا " (٢).

الفرع الثاني: قبض المرهون.

٣ / ١ / ٢ يحصل قبض المرهون بما يحصل به قبض المبيع فقد يكون قبضا حقيقيا بوضع اليد وهو الرهن الحيازي، وقد يكون قبضا حكميا عن طريق التسجيل والتوثيق وهو الرهن التأميني أو الرهن الرسمي، وتثبت له أحكام الرهن.

---

(١) القانون المدني الأردني، قانون رقم ٤٣، عام ١٩٧٦م، الجريدة الرسمية.
(٢) مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ص١٣٣ تحقيق: نجيب هواويني الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

٣ / ١ / ٢ يجوز للمرتهن أن يوكل غيره في قبض الرهن ويقوم وكيله مقامه في القبض وسائر الأحكام، ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن كما يجوز أن يجعل في يد طرف ثالث يسمى عدلا يتفق عليه الطرفان، وحينئذ لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقل الرهن إلى غير المتفق عليه [١].

٣ / ١ / ٤ يجوز للمرتهن أن يشترط على الراهن توكيل المرتهن أو وكيل المرتهن أو الشخص المتفق عليه في بيع الرهن والاستيفاء من ثمنه عند عدم الوفاء دون الرجوع إلى القضاء، ولا يملك الراهن الرجوع عن هذه الوكالة.

أشار علي حيدر في شرحه لمجلة الأحكام العدلية إلى أن القبض في الرهن على نوعين:

أولا: القبض الحقيقي كوضع المرتهن يده على المنقول المرهون ودخوله العقارالذي رهن بعد تخليته.

ثانيا: القبض الحكمي وهو يتم بالتخلية، أي التمكين من القبض بإزالة الموانع، وسبب كفاية التخلية هو أن نهاية ما يمكن الراهن عمله عبارة عن التخلية، وحيث إن القبض حقيقة هو فعل الغير فلا يكلف الراهن به وبناء على ذلك إذا وضع الراهن المرهون بحالة يتمكن المرتهن من أن يقبضه بلا مانع وأذنه بقبضه يعد تسليما، وبهذا يعتبر الرهن قبضا حكما كما هو الحال في البيع، سواء كان المرهون منقولا أم عقارا، حتى إنه إذا خلى الراهن المرهون بحضور المرتهن ولم يأخذ هذا الأخير الرهن المنقول ليده ولم ينقله لغير الموضع الذي هو موجود فيه وفقد يضمن الرهن [٢].

(١) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ٥٣٤المعيار التاسع والثلاثين، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، المنامة - البحرين.

(٢) حيدر، علي حيدر خواجه، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج٢ ص٨٧، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

المطلب الثاني: استقرار الحق في الرهن الرسمي.

الفرع الأول: وجوب الحق في الرهن الرسمي.

يجب الحق في عقد الرهن الرسمي بمجرد العقد أي: الإيجاب والقبول.

جاء في المعايير الشرعية ٣ / ١ / ١: " عقد الرهن لازم في حق الراهن بمجرد العقد، ولا يجوز للراهن فسخ عقد الرهن أو إنهاؤه من طرف واحد " (١).

الفرع الثاني:استقرار الحق في الرهن الرسمي

إن عقد الرهن الرسمي من العقود التبعية، التي تضمن بها الحقوق فلا بد من وجود عقد سابق لعقد الرهن، إذ إن عقد الرهن مترتب عليه؛ لأنه شرع لتوثيق الحقوق وهذا الحق يكون بوجود حق للمرتهن على الراهن، ومحل بحثنا في الرهن لا في الحق السابق لعقد الرهن.

وعقد الرهن الرسمي فيه استقراران:

الأول: استقرار في المرهون ويكون بتسجيله وتوثيقه، ولا يتصور وجود عقد الرهن الرسمي بدون التسجيل أبدا.

الثاني: استقرار في التصرف بالمرهون أي ماليته، عند حلول الأجل وعدم وفاء الراهن للمرتهن بحقه.

الفرع الثالث:الآثار المترتبة على استقرار الحق في الرهن الرسمي.

إن عقد الرهن الرسمي يختلف عن عقد الرهن في الفقه الإسلامي، فعقد الرهن الرسمي لا يشترط فيه قبض العين بل يكفي توثيقها وتسجيلها، حتى لو لم يتم القبض كما في عقد الرهن المعروف عند الفقهاء والذي يشبهه في القانون الرهن الحيازي.

وتختلف آثار استقرار الحق في الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي الذي كان معروفا عند الفقهاء، والذي تنطبق عليه الآثار نفسها في عقد الرهن المطروح في كتب الفقه.

ففي عقد الرهن المعروف عند الفقهاء يشترط استدامة القبض لدوام الاستقرار، خلافا لعقد الرهن الرسمي الذي لايشترط فيه القبض بل يكفي التوثيق.

---

(١) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ٥٣٤المعيار التاسع والثلاثين، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، المنامة - البحرين.

وفي عقد الرهن الرسمي ينتفع الراهن بالمرهون وهو في يده إلى حلول الأجل وعدم القدرة على السداد، ويكون المرهون في يده وهو مسؤول عنه في حالة الهلاك، سواء كان بتعد أو تقصير أو غير ذلك.

وسأذكر ما جاء في آثار استقرار الحق في عقد الرهن الرسمي عند المعاصرين، جاء في القانون المدني الأردني في المادة ١٣٢٣: " لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله ويلتزم الراهن نفقات العقد إلا اذا اتفق على غير ذلك ".

جاء في القانون المدني الأردني مادة ١٣٣٥:" للراهن أن يتصرف في عقاره المرهون رهنا تأمينيا دون ان يؤثر ذلك على حقوق المرتهن ".

مادة ١٣٣٦" للراهن رهنا تأمينيا حق إدارة عقاره المرهون والحصول على غلته حتى تاريخ نزع ملكيته جبرا عند عدم وفاء الدين، وتلحق غلته بالعقار المرهون من تاريخ نزع الملكية".

مادة ١٣٣٧ " يضمن الراهن العقار المرهون رهنا تأمينيا وهو مسؤول عن سلامته كاملا حتى تاريخ وفاء الدين وللمرتهن أن يعترض على كل نقص في ضمانه وأن يتخذ من الإجراءات ما يحفظ حقه على ان يرجع بالنفقات على الراهن ".

مادة ١٣٣٨ " إذا هلك العقار المرهون رهنا تأمينيا أو تعيب بخطأ من الراهن كان للمرتهن ان يطلب وفاء دينه فورا وتقديم ضمان كاف لدينه، فإذا كان الهلاك أو التعيب بسبب لا يد للراهن فيه كان له الخيار بين ان يقدم ضمانا كافيا للدين أو وفاءه قبل حلول الاجل.

فإذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التعيب أو تجعله غير كاف للضمان كان للمرتهن أن يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر " (١).

جاء في المعايير الشرعية ٣ / ٤ / ١: " يحق للمرتهن أن يطلب بيع المرهون عند عدم الوفاء في تاريخ الاستحقاق، ويستوفي دينه من ثمن المرهون، وما زاد رده إلى الراهن وهو مقتضى عقد الرهن، وإن نقص الثمن عن الدين كان للباقي حكم الدين العادي، ويرجع به على الراهن " (٢).

---

(١) القانون المدني الأردني، قانون رقم ٤٣، عام ١٩٧٦م، الجريدة الرسمية.
(٢) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ٥٣٦المعيار التاسع والثلاثين، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، المنامة - البحرين.

الخاتمة

وقد توصل الباحث إلى النتائج الآتية:

أولا: الحق في العقد يمر بمراحل ثلاث: وجوب الحق، ثم استقرار الحق، ثم انقضاء الحق.

ثانيا: وجوب الحق: وجود السبب الذي ينشئه فتنشغل به الذمة.

ثالثا: استقرار الحق اصطلاحا: ثبوت الحق ثبوتا تاما يمكن صاحب الحق من استعمال محل الحق، والتصرف فيه، ويؤمن على العقد من الفسخ.

رابعا: يجب الحق في المبيع بمجرد العقد، فتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري.

خامسا: يستقر الحق في المبيع عند تسلمه خاليا من الشواغل والخيارات والعيوب، وضابط التسلم أن يصبح المشتري متمكنا من المبيع بناء على تخلي البائع له وإذنه له باستلامه.

سادسا: لا يجوز بيع المبيع قبل استقراره.

سابعا: تبعة هلاك المبيع قبل استقرار حق المشتري فيه وتسلمه له يكون على البائع؛ لأن غاية المشتري من العقد تسلم المبيع والانتفاع به، فليس من العدل تحميله ضمان ما لم ينتفع به أصلا.

ثامنا: لا خلاف بين الفقهاء أن خيار الشرط ليس لازما لمن له الخيار، إلا إذا أراد أن يمضيه فيلزم، فلا يستقر المبيع للمشتري إلا إذا انتهى الخيار ولو اختار المشتري تسليمه فالتسليم للمبيع لا يعني الاستقرار، فربما يسلم البائع للمبيع باختياره مع عدم استقراره.

تاسعا: يستقر الحق للبائع في الثمن بقبضه عند تسليم المبيع خاليا من الشواغل والخيارات والعيوب، إلا إذا وجد شرط بتأجيل الثمن أو جرى عرف بذلك، ويستقر الحق في الثمن في بيع التقسيط بحلول الأجل أو الأقساط.

عاشرا: يستقر الحق في المؤجر إذا سلم خاليا من الخيار ات والشواغل، أو مكن المستأجر من الانتفاع به وإن لم يستلم.

الحادي عشر: عدم جواز تأجير المؤجر قبل استقراره؛ لأن قبض المؤجر أو التمكن من الانتفاع به يحصل به الاستقرار، فكما لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه فالإجارة كذلك.

الثاني عشر: يجوز تأجير المؤجر بعد الاستقرار لأن حق المستأجر استقر في المؤجر ولأن قبض العين قام مقام قبض المنافع، بدليل أنه يجوز التصرف فيها، فجاز العقد عليها.

الثالث عشر: يستقر الحق في الأجرة بالقبض بمجرد العقد إذا اشترط حلولها، وعند حلول الأجل إذا اشترط تأجيلها، وإذا أطلق العقد فالأجرة تستقر بقدر ما تستوفي المنافع.

الرابع عشر: حتى يستقر الحق في الأجرة لا بد من قبض مقابل المنفعة التي حصلت وإلا كان فيه إجحاف بحق طرفي العقد.

الخامس عشر: يجب الحق في عقد الصرف بالعقد نفسه، ويستقر بالتقابض والتماثل والحلول في مجلس العقد إذا اتحد الجنسر، وبالحلول والتقابض إذا اختلف الجنس قبل تفرق العاقدين، خاليا من خيار الشرط.

السادس عشر: لا يجوز بيع حلي الذهب والفضة بالتقسيط، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى الفوضى وعدم الاستقرار العقدي والنقدي.

السابع عشر: إن العملة الورقية تعتبر نقدا قائما بذاته فيها صفة الثمنية، كالذهب والفضة وقد حصلت الثقة بالعملة الورقية، فأصبحت وسيطا للتبادل بين الناس، فتجري عليها أحكام الذهب والفضة.

الثامن عشر: يستقر الحق في عقد السلم في الثمن عند تسليم المسلم فيه، مع اشتراط قبض رأس مال السلم في مجلس العقد.

التاسع عشر: يستقر الحق للمشتري في المسلم فيه (المبيع) بقبضه عند حلول الأجل.

العشرون: لا يجوز بيع المسلم فيه قبل استقراره بالقبض.

الحادي والعشرون: يجب الحق للمستصنع في المصنوع بمجرد العقد، فيجبر الصانع على عمل العين الموصوفة في الذمة والمستصنع على أخذه إذا توافرت الشروط، ويستقر بتسليمه حسب الشروط والوقت المتفق عليه.

الثاني والعشرون: يجب الحق للصانع في الثمن بمجرد العقد، ويستقر الحق في الثمن حسب اتفاق المتعاقدين، إما معجلا أو مؤجلا أو مقسطا.

الثالث والعشرون: يجب الحق في عقد الكفالة على الكفيل بمجرد العقد، إذ إن ذمة الكفيل مشغولة بهذا الحق، ويستقر الحق على الكفيل عند حلول الأجل وعدم أداء المكفول عنه لعجز أو غيره، فإذا لم يؤد استقر الحق على الكفيل.

الرابع والعشرون: إن الاستقرار في عقد الكفالة، كعقد من عقود التوثيقات يختلف عن عقد القرض الذي نشأ بين المكفول له والمكفول عنه.

الخامس والعشرون: إن مطالبة الأصيل غي عقد الكفيل ابتداء هو الأقرب إلى العدل، وإذا أعسر الأصيل استقر الحق في ذمة الكفيل؛ إذ إن الغاية من عقد الكفالة المحافظة على أموال الناس وحمايتها.

السادس والعشرون: لا يحق للمكفول له الرجوع على ورثة الكفيل إلا عند حلول الأجل، فالأجل حق له في الحياة فيبقى بعد الموت، والضمان يبقى في حقه بعد الموت فكذلك الأجل يبقى في حقه، وربما قضى المكفول عنه الدين قبل حلول الأجل.

السابع والعشرون: يجب الحق في الحوالة بمجرد عقد الحوالة، ويستقر الحق في الحوالة بقبول المحال والمحيل والمحال عليه سواء كان للمحيل دين على المحال عليه أو لا إذا كانت حالة، وبحلول الأجل إذا كانت مؤجلة.

الثامن والعشرون: إن جمهور الفقهاء من الأئمة الأربعة، يرون انتقال الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا يرجع على المحيل بشيء، إذ إن مقتضى عقد الحوالة انتقال الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

التاسع والعشرون: إذا أحال المحيل المحال على المحال عليه، وهو يعلم بإفلاسه لم يكن له الرجوع على المحيل بحال.

الثلاثون: إن عقد الرهن فيه استقراران:

الأول: استقرار في المرهون ولا يمكن أن يتم إلا بالقبض، ولا يتصور وجود عقد الرهن بدون القبض أبدا.

الثاني: استقرار في التصرف بالمرهون أي ماليته، عند حلول الأجل وعدم وفاء الراهن للمرتهن بحقه.

الحادي والثلاثون: إن الاستقرار في عقد الرهن لا يحصل إلا بالقبض ودوامه، فإذا زال القبض زال الاستقرار، وبطل الرهن لعدم تحقق الغاية منه في أخذ الحق عند حلول الأجل.

الثاني والثلاثون: يبيع القاضي للمرهون، ويعطي المرتهن حقه؛ لاستقرار حقه المالي في المرهون، ولا بد أن يباع المرهون بثمن مستقر يؤدى للمرتهن؛ لحلول الأجل في الحق المالي.

الثالث والثلاثون: يستقر الحق في بيع المرابحة للمصرف، بقبض المبيع من البائع، ويستقر الحق للآمر بالشراء بعد دخول المبيع في ملك المصرف بقبض الآمر بالشراء له وتوثيقه في الدوائر الرسمية.

الرابع والثلاثون: إن تبعة الهلاك تكون على المصرف قبل استقرار الحق في المبيع، فلايتحمل الآمر بالشراء تبعة الهلاك قبل استقرار حقه فيه بالقبض والتوثيق في الدوائر الرسمية.

الخامس والثلاثون: لا يجوز للمصرف بيع المبيع للآمر بالشراء قبل استقراره بالقبض، وأن الخيار يمنع من استقرار الحق.

السادس والثلاثون: يستقر الحق في المبيع في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، عند سداد آخر قسط بهبتها للمستأجر أو غير ذلك من الصور التي أجازتها المجامع الفقهية.

السابع والثلاثون: إن هلاك المبيع في الإجارة يكون على المصرف، ولا يجوز بيع المبيع في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك قبل الاستقرار.

الثامن والثلاثون: يستقر الحق في خطاب الضمان عند حلول الأجل المكتوب في الخطاب، فبمجرد حلول الأجل يرجع المستفيد على المصرف مباشرة، دون الرجوع إلى العميل أصلا والمصرف قد رضي بذلك بإصداره لخطاب الضمان.

التاسع والثلاثون: في خطاب الضمان المصرف يترتب عليه دفع الحق المالي، عند حلول الأجل المنصوص عليه أو مجرد الطلب إذا نص عليه، ويرجع المستفيد على المصرف مباشرة فقد رضي بتلك الكفالة وأن يرجع عليه مباشرة، دون الرجوع على الأصيل.

الأربعون: إن عقد الرهن الرسمي فيه استقراران:

الأول: استقرار في المرهون ويكون بتسجيله وتوثيقه، ولا يتصور وجود عقد الرهن الرسمي بدون التسجيل أبدا.

الثاني: استقرار في التصرف بالمرهون أي ماليته، عند حلول الأجل وعدم وفاء الراهن للمرتهن بحقه.

الحادي والأربعون: إن عقد الرهن الرسمي يفترق عن الرهن المعروف عند الفقهاء ففي الرهن الرسمي، ينتفع الراهن بالمرهون وهو في يده إلى حلول الأجل وعدم القدرة على السداد، ويكون المرهون في يده وهو مسؤول عنه في حالة الهلاك، سواء كان بتعد أو تقصير أو غير ذلك.

التوصيات:

- أولا: وجود دراسا عليا تعتني بمفهوم الاستقرار في جميع الأبواب الفقهية؛لعدم خلو باب من مفهوم الاستقرار.
- ثانيا: تطبيق مفهوم الاستقرار في المعاملات المالية المعاصرة التي لم يستوف الباحث تناولها.
- ثالثا: إيجاد حلول عملية لمسائل الاستقرار في شتى الأبواب الفقهية.

قائمة المصادر والمراجـــــــع

القرآن الكريم

إرشيد، محمود عبد الكريم ، (١٤٢١هـ)، **الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية**، ط١، عمان: دار النفائس.

الأزهري الهروي، محمد بن أحمد (ت ٣٧٠ هـ)، **الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي**، تحقيق:مسعد عبد الحميد، دار الطلائع.

إسماعيل، محيي الدين إسماعيل، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية**.

الأصبحي المدني، مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ)، **المدونة**، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ ١٩٩٤م.

البابرتي، محمد بن محمد بن محمود (ت ٧٨٦ هـ)، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر.

البارودي، علي البارودي، **العقود وعمليات البنوك التجارية**، الإسكندرية: منشأة المعارف.

البخاري الحنفي،عبد العزيز بن أحمد بن محمد (ت ٧٣٠هـ)، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، دار الكتاب الإسلامي.

البخاري، محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦هـ)، **صحيح البخاري**، ط١، تحقيق:محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ.

البراذعي المالكي، خلف بن أبي القاسم (ت ٣٧٢هـ)، **التهذيب في اختصار المدونة**، ط١، تحقيق: محمد الأمين، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

ابوالبركات ، عبد السلام بن عبدالله ابن تيمية (ت ٦٥٢هـ)، **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ط٢، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

البسام، عبد الله بن عبد الرحمن، (٢٠٠٣م)، **توضيح الأحكام من بلوغ المرام**، ط٥، مكة المكرمة: مكتبة الأسدي.

البغدادي المالكي،عبد الوهاب بن علي (ت ٤٢٢هـ) ،**الأشراف على نكت مسائل الخلاف**، ط١، تحقيق:الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م.

أبو بكر الأنباري،محمد بن القاسم (ت ٣٢٨هـ)، **الزاهر في معاني كلمات الناس**، ط١، تحقيق: حاتم الضامن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.

البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين (ت ١٠٥١هـ) ، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، ط١، عالم الكتب، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

البهوتي، منصور بن يونس (ت ١٠٥١هـ)، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى**، ط١، عالم الكتب، ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م.

البهوتي، منصور بن يونس (ت ١٠٥١هـ) ، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية.

الترمذي، محمد بن عيسى (ت ٢٧٩هـ)، **سنن الترمذي**، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.

التهانوي، محمد علي القاضي (ت ١١٥٨هـ) ،**موسوعات كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، ط١، تحقيق: علي دحدوح، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٦.

ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم (ت ٧٢٨هـ)، **الحسبة**، ط٢، تحقيق:علي بن نايف الشحود، ١٤٢٨هـ -٢٠٠٧.

الثعلبي،أبو محمد عبد الوهاب بن علي(ت: ٤٢٢هـ)، **المعونة على مذهب عالم المدينة**، تحقيق:حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة.

ابن جزي الكلبي، محمد بن أحمد (ت٧٤١هـ)، **القوانين الفقهية**.

الجمل، سليمان بن عمر (ت ١٢٠٤هـ)، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهاج الطلاب**، دار الفكر.

الجويني، عبد الملك بن عبد الله(ت ٤٧٨هـ)، **نهاية المطلب في دراية المذهب**، ط١، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.

الحافي، خالد عبد الله، (١٤٢١هـ)، **الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي**، ط٢.

الحجاوي، موسى بن أحمد (ت ٩٦٨هـ)، **زاد المستنقع في اختصار المقنع**، تحقيق:عبد الرحمن العسكر، دار الوطن، الرياض.

ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي (ت ٨٥٢هـ) ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، رقم كتبه وأبوبه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.

ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي(ت ٩٧٣هـ)، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٥٧هـ- ١٩٨٣م.

ابن حزم الظاهري، علي بن أحمد (ت ٤٥٦هـ)، **مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات**، دار الكتب العلمية، بيروت.

حسني، خطابات الضمان المصرفية، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، جدة، ١٤٠٦هـ.

حسين،سعدي أبو حسين، (١٩٨٨م) **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**، ط٢.

الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن (ت٩٥٤هـ) ، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ط٣، دار الفكر، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.

حمد، سامي حمود، (١٩٨٩م)، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، ط٢ عمان: مكتبة الرسالة الحديثة.

حمود، سامي حسن، (١٣٩٦هـ)، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، ط١، دار الاتحاد العربي للطباعة.

حيدر، علي حيدر خواجه (ت ٨٨٥هـ)، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

الخرشي،محمد بن عبدالله (ت ١١٠١هـ) ،**شرح مختصر خليل للخرشي**، دار الفكر للطباعة، بيروت.

الخرقي، عمر بن الحسين بن عبد الله (ت ٣٣٤هـ) ، **متن الخرقى على مذهب ابي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني**، ط١، دار الصحابة للتراث، ١٤١٣هـ.

الخرقي، عمر بن الحسين بن عبدالله (ت ٣٣٤هـ) ، **متن الخرقي على مذهب أبي عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني**، ط١، دار الصحابة للتراث، ٤١٣هـ- ١٩٩٣م.

الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد (ت ٩٧٧هـ) ، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية.

الخفيف،علي الخفيف، (١٩٩٠م)، **الملكية في الشريعة الإسلامية**، دار النهضة العربية.

الخولي،أحمد محمود، (٢٠٠٣م)، **نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضع**، ط١، القاهرة: دار السلام.

الدارقطني، علي بن عمر (ت ٣٨٥هـ)، **سنن الدارقطني**، ط١، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.

الدريني، محمد فتحي، (١٩٨٤م)، **الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده**، ط٣، بيروت: دار مؤسسة الرسالة.

الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت ١٢٣٠هـ) ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر

الرافعي، عبد الكريم بن محمد (٦٣٢هـ) ، **فتح العزيز بشرح الوجيز**، دار الفكر.

الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد (١٠٦٢هـ)، **مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها**، ط ١، دار ابن حزم، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.

ابن رشد الحفيد،محمد بن أحمد بن محمد (٥٩٥هـ) ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الحديث، القاهرة، ١٩٧٨م – ١٤٢٥هـ.

الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين (ت ٩٥٧هـ) ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، الطبعة الأخيرة، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ -١٩٨٤م،

الزبيدي،محمد بن محمد بن عبد الرزاق (ت ١٢٠٥هـ)،**تاج العروس من جواهر القاموس**، المكتبة العلمية، بيروت.

الزحيلي، وهبة مصطفى،**الفقه الإسلامي وأدلته**، ط٤، دمشق: دار الفكر.

الزرقا، مصطفى أحمد، (١٩٩٩م)، **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**، ط١، دمشق: دار القلم.

الزرقا،مصطفى أحمد، (٢٠١٢م)، **عقد البيع**، ط٢، ١٤٣٣هـ، دمشق: دار القلم.

الزركشي، محمد بن عبدالله (ت ٧٩٤هـ)، **المنثور في القواعد الفقهية**، ط٢،وزارة الأوقاف الكويتية، ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م.

الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو (ت ٥٣٨هـ) ، **أساس البلاغة**، ط١، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

زيد، بكر بن عبد الله، (١٩٩٦م)، **فقه النوازل**، ط١ مؤسسة الرسالة.

الزيدانيين، هيام محمد، (٢٠١٢م)، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، **بحث منشور في مجلة دراسات،** مجلد ٣٩ – عدد ١.

الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي (ت ٧٤٣هـ) ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي،** حاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، ط١ المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ١٣١٣هـ.

السالوس، علي أحمد، ١٤٠٦هـ، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة دراسة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون،** ط١، الكويت: مكتبة الفلاح.

السالوس،علي أحمد، (١٩٩٨م)، **الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة،** ط١، ١٤١٨هـ الدوحة: دار الثقافة.

السرطاوي، محمود علي، (٢٠١٥م)، **الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية،** ط١، عمان: دار الفكر.

السمرقندي، محمد بن أحمد (ت ٥٣٩هـ) ، **تحفة الفقهاء،** ط٢ دار الكتب العلمية، لبنان، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م،

السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، (١٩٥٤م)، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي،** بيروت: دار إحياء التراث العربي.

السنيكي، زكريا بن محمد (ت ٩٢٦هـ)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب،** دار الكتاب الإسلامي.

السيوطي،عبد الرحمن بن أبي بكر(ت ٩١١هـ) ، **الأشباه والنظائر،** ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ- ١٩٩٠م.

الشافعي،محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ) ، **الأم**،دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

شبير، محمد عثمان، (١٤١٨هـ)، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي،** ط٢، عمان: دار النفائس.

شبير،محمد عثمان، ٢٠١٠م، **المدخل إلى فقه المعاملات المالية،** ط٢ ، عمان: دار النفائس.

شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد (ت ١٠٧٨هـ) ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، دار إحياء التراث العربي.

الشيرازي،أبو إسحاق إبراهيم بن علي (ت ٤٧٦هـ) ،**المهذب في فقه الإمام الشافعي**، دار الكتب العلمية.

الصاوي المالكي،أحمد بن محمد الخلوتي (ت ١٢٤١هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح**، ط٥، دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ ١٩٩٤م.

الصوا، علي محمد، (١٩٩٦م)، خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية، **مجلة دراسات**، علوم الشريعة والقانون٠

الضبي،أحمد بن محمد بن أحمد (ت ٣٠٨هـ) ،**اللباب في الفقه الشافعي**، تحقيق:عبد الكريم العمري، ط١، دار البخاري، المدينة المنورة،المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت ٣٩٥هـ) ،**رد المحتار على الدر المختار**، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

عفانة، حسام الدين موسى، (١٩٩٦م)، **بيع المرابحة للآمر بالشراء**، ط١.

عليش، محمد بن أحمد بن محمد (ت ١٢٩٩هـ) ، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م.

العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين (ت ٨٥٥هـ) ، **البناية شرح الهداية**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠ هـ، ٢٠٠٠م.

ابن فارس،أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني (ت: ٦٢٠هـ) ،**معجم مقاييس اللغة**، تحقيق:عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ ١٩٧٩م.

الفتاوى الشرعية، البنك الإسلامي الأردني، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم (ت ١٧٠هـ)، **كتاب العين**، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (ت٨١٦هـ) ،**القاموس المحيط**، ط٢، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة – بيروت، ١٤٢٦ه-٢٠٠٥م.

الفيومي، أحمد محمد علي (ت ٧٧٠هـ) ،**المصباح المنير في غريب الشرح الكبير** .

ابن قدامة الحنبلي، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ت ٦٢٠هـ) ،**المغني**، مكتبة القاهرة.

ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ت ٦٢٠هـ) ، **الكافي في فقه الإمام أحمد** ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

ابن قدامة المقدسي، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد (ت ٦٨٢هـ)، **الشرح الكبير على متن المقنع**، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.

القدوري، أحمد بن محمد (ت ٤٢٨هـ)، **مختصر القدوري في الفقه الحنفي**، ط١، تحقيق:كامل عويضة، دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (ت ٦٨٤هـ)، **شرح تنقيح الفصول**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد،ط١، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م.

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت ٦٨٤هـ) ، **الذخيرة**، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م.

القرضاوي، يوسف القرضاوي، **بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريها المصارف الإسلامية**، القاهرة: مكتبة وهبة.

القليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي، أحمد البرسلي عميرة، **حاشيتا قليوبي وعميرة**، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر (ت ٧٥١هـ) ، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

الكاساني،علاء الدين أبو بكر بن أحمد (ت ٥٨٧هـ) ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط٢، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.

الكجراتي، جمال الدين محمد طاهر (ت ٩٨٦هـ)، **مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار**، ط٣، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، ١٣٨٧هـ- ١٩٦٧م.

الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني (ت ١٠٩٤هـ) ،**الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية**، تحقيق:عدنان درويش- محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت.

لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، (١٣١٠ هـ)، **الفتاوى الهندية**، ط٢، دار الفكر.

ابن ماجه، محمد بن يزيد (ت ٢٧٣هـ)، **سنن ابن ماجه**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.

ابن مازة الحنفي،برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز (ت ٦١٦هـ) ، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، تحقيق:عبد الكريم الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت.

المازري المالكي، محمد بن علي بن عمر (ت ١٠٤١هـ) ، **شرح التلقين**، ط١، تحقيق: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ٢٠٠٨م.

الماوردي،علي بن محمد (ت٤٥٠هـ) ، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، ط١، تحقيق:علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ ١٩٩٩م.

المترك، عمر عبد العزيز، (١٤١٧هـ)، **الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية**، ط٢، دار العاصمة، الرياض.

لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، **مجلة الأحكام العدلية**، تحقيق:نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

مجلة البحوث الإسلامية - **مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد**، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد

مجلة البيان، المنتدى الإسلامي.

مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، منظمة المؤتمر

مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة،١٢ / ٢١٢.

مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة،١٢ / ٣٣٣.

مصطفى، إبراهيم؛ الزيات، أحمد؛ عبد القادر، حامد؛ النجار، محمد، **مجمع اللغة العربية المعجم الوسيط**، مجموعة من المحققين، دار الدعوة، دار الهداية.

محمد البغدادي المالكي،أبو عبد الوهاب بن علي (ت ٤٢٩هـ) ،**الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، ط١، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م.

محمد تقي العثماني، (٢٠٠٣م)، **بحوث في قضايا فقهية معاصرة**، ط٢ دمشق: دار القلم.

محمد سليمان ، (١٤١٥ هـ)، **بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية**، ط٢، عمان: دار النفائس.

محمد قلعجي – حامد قنيبي، (١٩٨٨م)، **معجم لغة الفقهاء**، ط٢، عمان: دار النفائس.

مدكور،محمد سلام، (١٩٩٦)، **المدخل للفقه الإسلامي**، ط٢، القاهرة: دار الكتاب الحديث.

المرداوي،علي بن سليمان (ت ٨٨٥هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، دار إحياء التراث العربي.

المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (ت ٥٩٣هـ) ، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، تحقيق:طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت ٥٩٣هـ) ، **متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة**، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة.

مرقس،سليمان مرقس، **المدخل للعلوم القانونية**، بيروت: دار صادر.

مسلم، مسلم بن الحجاج (ت ٢٦١هـ)، **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

المطرزي، ناصر بن عبد السيد، **المغرب في ترتيب المعرب**.

ابن مفلح، إبراهيم بن محمد (ت ٨٨٤هـ) ، **المبدع في شرح المقنع**، ط١، دار الكتب العلمية – بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

المقدسي الحنبلي، مرعي بن يوسف (ت ١٠٣٣هـ) ، **دليل الطالب لنيل المطالب**، ط١، تحقيق: نظر محمد الفاريابي، دار طيبة للنشر والتوزيع، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.

المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم (ت ٦٢٤هـ)، **العدة شرح العمدة**، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣ م.

ملحم، أحمد سالم، (١٩٨٩م)، **بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية**، ط١، عمان: مكتبة الرسالة الحديثة.

ابن منظور، محمد بن مكرم بن على (ت ٧١١هـ) ، **لسان العرب**، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ.

المواق المالكي، محمد بن يوسف (ت ٨٩٧هـ) ، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ- ١٩٩٤م.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (١٤٢٧هـ)، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ط٢، الكويت: دار السلاسل الكويت،

الموصلي الحنفي، عبد الله بن محمود بن مودود (ت ٦٨٣هـ)، **الاختيار لتعليل المختار**، تعليق الشيخ محمود أبو دقيقة،مطبعة الحلبي – القاهرة، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م.

المولى، محمد بن فرامرز بن علي، **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، دار إحياء الكتب العربية.

الميداني الحنفي، عبد الغني بن طالب (ت ١٢٩٨هـ) ، **اللباب في شرح الكتاب**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد (ت ٩٧٢هـ) ، **منتهى الإرادات**، ط١، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

ابن نجيم الحنفي، سراج الدين عمر بن إبراهيم (١٠٠٥هـ) ، **النهر الفائق شرح كنز الدقائق**، ط١، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢ م.

النسائي، أحمد بن شعيب (ت ٣٠٣هـ) ، **السنن الكبرى**، ط١، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.

نضرة، ابن ددوش نضرة، **انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة وهران، وهران، الجزائر.

النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ)، **المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))**، دار الفكر.

النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ) ، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، ط٣ المكتب الإسلامي، عمان، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

ابن هبيرة، يحيى بن هبيرة بن محمد (ت٥٦٠هـ)، **اختلاف الأئمة العلماء**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م.

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ١٤٣١هـ- ٢٠١٠م، المنامة البحرين.

اليمني الشافعي،أبو الحسين يحيى بن أبي الخير (ت ٥٥٨هـ) ،**البيان في مذهب الإمام الشافعي،** ط١، تحقيق:قاسم محمد النوري، دار المنهاج،جدة، ١٤٢١هـ،٢٠٠٠م.

يوسف، عبد الرحمن عبد الخالق، (١٤٠٣هـ)، شرعية المعاملات التي تقوم بها البنوك الإسلامية المعاصرة، **مجلة الجامعة الإسلامية،** المدينة المنورة.

THE STABILITY OF THE RIGHT AND ITS APPLICATION IN TRADE- OFF CONTRACTS AND ITS DOCUMENTATION

By

Sulaiman Khalid Sulaiman Kayed

supervisor

Dr. Rudaina Ibrahim Hussein Al-Rifaee, Prof

ABSTRACT

The purpose of this study is to discuss the issue of the stability of the right in contracts and to indicate the most important implications of this stability since that The stability of the right is the most important stage of the contract and applying this important contractual period on the contracts of payments and documentation، and financial transactions، such as the profit sale for the purchase and lease – to –own and the letter of guarantee and official pledge.

The study sheds light on the statement of Sharia law by distinguishing between the effects of the right before its stability and after its stability in the decades

The study concluded that the stability of the right is the most important stage in the contract. It is the most important point for the contractors، because the stability of the right proves to the parties of the contract their full right. So، each party can use the right to be responsible for its behavior.

In this study، I use the comparative approach between the jurisprudence of the adopted doctrines، the analytical method، and I follow the scientific reporting of the inductive method which based on partial extrapolation by referring to the adopted sources in Islamic jurisprudence.